

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FERNELLY GIOVANNY MATEUS
FUQUEN CONTRA CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S Y ATIEMPO S.A.S
(RAD. 01 2017 00370 02).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 314 a 320, 321 a 324 y 325 a 327), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación propuesto por las demandadas ATIEMPO S.A.S y CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S –CETESA S.A.S-, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el pasado 6 de noviembre de 2020 (CD folio 302, récord 1:13:22, acta folios 303 a 305) en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de una relación laboral a término indefinido suscrito entre el aquí demandante el señor FERNELLY GIOVANNY MATEUS FUQUEN de condiciones civiles ya indicadas al inicio de la presente decisión y las demandadas en el presente asunto CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S y ATIEMPO S.A.S desde el día 28 de noviembre del 2007 y hasta el 13 de febrero del 2013.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S a través de su representante legal o por quien haga sus veces al **REINTEGRO** del señor FERNELLY GIOVANNY MATEUS FUQUEN de condiciones civiles ya indicadas, al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría y el consecuente reconocimiento y pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir con los consecuentes descuentos al sistema de seguridad social integral hasta cuando se haga el reintegro efectivo del aquí demandante, sumas que igualmente deberán ser objeto de indexación, todo lo anterior conforme a la parte motiva de la presente decisión.*

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad solidaria de la demandada igualmente CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S en el pago de las condenas impuestas también a cargo de ATIEMPO S.A.S conforme todo lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas ATIEMPO S.A.S y CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada conforme también lo indicado en la parte motiva de la presente decisión y el despacho se releva del estudio también de las demás excepciones propuestas por sustracción de materia y como quiera que las demandadas resultan vencidas en esta instancia judicial serán objeto de condena en **COSTAS** también conforme lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.”

Inconformes con la decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S. solicitó se revoque la sentencia en los aspectos que le fueron desfavorables. En primer lugar, sostiene, debió declararse probada la excepción de prescripción respecto de los emolumentos causados con anterioridad al 15 de enero de 2013.

Por otro lado, frente al reintegro ordenado, reitera, esa compañía desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la contratación del demandante pues de acuerdo a los hechos de la demanda, los anexos incorporados como prueba, e incluso lo sustentado por el juez en la providencia, el verdadero empleador del actor fue la sociedad ATIEMPO, y en esa medida, considera, no existe ningún fundamento o razón para que le ordenara el reintegro al trabajador.

Sobre este último tópico además, señala, al momento de terminarse el contrato de trabajo, el demandante no se encontraba cobijado por alguna condición especial o estabilidad laboral reforzada que lo hiciera acreedor de ese reintegro. Además, enfatiza, en autos se demostró que el vínculo feneció por el incumplimiento del actor de sus obligaciones y prohibiciones conforme el proceso disciplinario que adelantó su empleadora, puntualizando, aunque inicialmente se le entregó una carta al demandante informándole que había terminado la obra o labor contratada, ello obedeció a un error involuntario que luego fue solventado siendo la verdadera razón de finiquito una justa causa.

Refiere no encontrarse de acuerdo con la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, ya que, en su sentir, se encuentra demostrado dentro del proceso que entre el actor y ATIEMPO se celebraron múltiples contratos por obra o labor, los cuales se ejecutaron sin superar el límite temporal previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y sin solución de continuidad.

Del mismo modo, itera, el convocante no tuvo ningún vínculo laboral con esa sociedad de allí que no exista sustento alguno para pretender de su parte el reconocimiento de derechos, máxime cuando entre las dos personas jurídicas llamadas a juicio se celebraron sendos contratos de prestación de servicios para el suministro de personal, en los términos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Con relación a la solidaridad, advierte no ser predicable aquella prevista en el artículo 34 del C.S.T. en asuntos como en el presente en el que se determina que la verdadera empleadora fue la sociedad ATIEMPO, empresa esta quien, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos, ejecutó sus actividades con total autonomía financiera, precisando, el suministro de personal a través de empresas de servicios temporales es una figura avalada por la legislación que solo prevé la responsabilidad solidaria entre la temporal y la usuaria cuando se evidencia una errada utilización de dicha figura o cuando a través de ella se pretenda disfrazar una verdadera relación laboral, empero aquí la única obligada a cumplir con las obligaciones laborales y contractuales como pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social es ATIEMPO.

Frente a la indexación, alude igualmente a su improcedencia ante la falta de prosperidad de las otras pretensiones¹ (CD folio 302, récord 1:16:52, acta folios

¹ “Gracias señor juez dentro de la oportunidad procesal que se me concede me permito presentar apelación en contra de la sentencia proferida por a quo y solicitarle al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas a las que ha sido involucrada mi representada Cementos Tequendama. Teniendo en cuenta la decisión por el a quo en primer lugar no estamos de acuerdo con que no se haya tenido en cuenta el tema de la prescripción esto es si bien es cierto existe un documento que interrumpió la prescripción del 15 de enero del 2016 lo cierto es que todos los emolumentos que se hayan generado con anterioridad al 15 de enero del 2013 tienen que quedar prescritos.

Ahora bien en cuanto al tema del reintegro del que fue condenado directamente mi representada no estamos de acuerdo pues como se ha venido diciendo dentro del proceso pues mi representada desconoce las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la contratación del señor Fernelly Giovanni Mateus por parte de la sociedad ATIEMPO, es claro que de acuerdo con los hechos de la demanda y los documentos que se anexaron y bien como fue demostrado y sustentado por el mismo juez quien obró como verdadero empleador del señor Fernelly Giovanni Mateus fue la sociedad ATIEMPO, por tanto no existe ningún fundamento y ninguna razón para que mi representada sea ordenada al reintegro, pues porque ya lo he manifestado el mismo a quo señala que quien fungió como verdadero empleador fue la sociedad ATIEMPO.

Ahora bien, tampoco estamos de acuerdo en el pronunciamiento frente al contrato de término indefinido puesto que fue demostrado dentro del proceso que entre el demandante y la empresa de servicios temporales ATIEMPO coexistieron distintos contratos de trabajo por obra o labor de los cuales se ejecutaron sin superar el límite temporal previsto en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, además se desarrollaron con solución de continuidad. Adicionalmente pues el señor Fernelly es claro que no tuvo ningún vínculo laboral alguno con mi representada de manera que no existe sustento fáctico ni jurídico para que se pretenda el reconocimiento de derechos laborales a cargo de Cementos Tequendama, es claro que entre cementos Tequendama y la sociedad A Tiempo se celebraron sendos contratos de prestación de servicios para el suministro de personal de conformidad con los términos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Adicionalmente tampoco es de recibo que se declare solidariamente responsable de ATIEMPO S.A.S por unas condenas adicionales a los salarios y prestaciones sociales del demandante, pues de conformidad con el artículo 34 del CST pues este no opera para las empresas que no ostentaron con la calidad de verdadero empleador del demandante como en este caso fue la sociedad ATIEMPO.

Adicionalmente las actividades pues de los contratos de prestación de servicios entre Cementos y ATIEMPO se ejecutaron pues por ATIEMPO con total autonomía financiera toda vez que A tiempo es responsable de esas actividades y recursos.

Adicionalmente existe una imposibilidad fáctica y jurídica para realizar algún tipo de reintegro y el reconocimiento y pago del demandante de alguna acreencia de conformidad pues con el artículo 34 pues tampoco se establece de manera clara el tema de la solidaridad pues mi representada no tenía la calidad de empleador frente al demandante y también se tiene que hacer alusión a la interpretación taxativa del artículo 34 en lo referente a los pagos de aportes a seguridad social que tampoco puede ser condenada mi representada. Además el suministro de personal a través de empresas de servicios temporales es una figura que contempla la legislación colombiana y que solamente refiere esa responsabilidad solidaria entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria cuando se evidencia un errada utilización de esa figura con el fin de disfrazar esa relación laboral en este punto es menester señalar que el único empleador de los trabajadores de misión es la empresa de servicios temporales de este caso del demandante, ATIEMPO que es la única jurídicamente obligada a cumplir con la totalidad de esas obligaciones laborales y contractuales de los trabajadores tales como el pago de los salarios y las prestaciones sociales y los aportes al sistema de seguridad social.

Adicionalmente es claro que dentro de la contratación con la empresa de servicios temporales se cumplió con la Ley 50 de 1990 y que contrató como trabajador en misión en las actividades específicamente establecidas.

Ahora bien, aunado con lo anterior tampoco estamos de acuerdo con el tema del reintegro pues si bien es preciso indicar que al momento de la terminación del contrato de trabajo el demandante no se encontraba cobijado por algún tipo de condición especial o estabilidad laboral reforzada que lo hiciera participe o lo hiciera acreedor de ese reintegro. Adicionalmente es del caso precisar que tampoco es dable el tema del reintegro porque dentro del proceso se logró evidenciar que la causa de la terminación del contrato se dio por justa causa pues bien su empleador A tiempo la terminación del contrato se dio por la aceptación del mismo en cuanto a su incumplimiento de sus obligaciones y prohibiciones a su cargo conforme al contrato de trabajo y el reglamento de trabajo proceso disciplinario que adelantó el empleador de acuerdo a unas situaciones que fueron evidentemente demostradas dentro del proceso que si bien es cierto existió una carta inicial en la cual se le termino el contrato por obra o labor pues fue un error involuntario por parte del empleador y la causa de terminación del contrato fue la finalización del contrato con justa causa del mismo.

Adicionalmente me opongo a la condena teniendo en cuenta el tema de la indexación que se menciona pues en la medida que las pretensiones de la demanda no tiene ninguna vocación de prosperidad y no existe razón tampoco para que se ponga a cargo de mi representada el reconocimiento de alguna indexación.

303 a 305).

A su turno, la sociedad ATIEMPO S.A.S, manifiesta no entender cómo después de que el actor *confesó* que recibió una carta por la cual se terminaba su contrato por justa causa, con posterioridad a la que por error se le entregara en la que se comunicaba la terminación de la obra o labor, no se analizara que la finalización del vínculo obedeció a un acto de indisciplina del trabajador y la comisión de una falta ya definida dentro del C.S.T. y el reglamento interno de trabajo, misiva que, destaca, fue allegada por el mismo demandante, y se disponga un reintegro.

Por otra parte, sostiene, no es posible entender que el contrato fue a término fijo en razón a que los mismos fueron de obra o labor los cuales culminaron en virtud de lo establecido en el literal d) del artículo 61 del código laboral, esto es, por la finalización de la obra o labor encomendada, sin que lo advertido por la representante legal de Cementos Tequendama sea razón para entender que la labor no terminó.

En lo que toca a la prescripción se adhiere a los argumentos expuestos por la demandada Cementos Tequendama, solicitando se revise la documentación y se determine si efectivamente la demanda se presentó de manera extemporánea²

Adicional a eso reitero que cementos Tequendama no actuó como verdadero empleador fue clarísimo dentro de todo el proceso que quien actuó como verdadero empleador fue A Tiempo y por ende no hay lugar al reconocimiento por parte de mí representada a un reintegro. En ese sentido dejo sustentada la apelación.”

² “Gracias señor juez ante usted presento el recurso de apelación en concordancia al artículo 65 del código procesal del trabajo y de la seguridad social. Iniciando con lo siguiente: Este apoderado no entiende cómo después de las manifestaciones de la parte demandante donde indica y expresa de una manera que es una confesión indicando que si recibió una carta de justa causa y admitiendo que efectivamente esta causa la recibió en concordancia a un error de la empresa al pasar una carta de terminación por obra o labor situación que el mismo *confesó* que si efectivamente se debió a un error involuntario de esta empresa pero que posterior a esa situación la misma entró a corregirlo de manera efectiva indicándole que su desvinculación no obedecía al artículo 61 numeral d) sino obedeció a un proceso consciente, eficaz del artículo 115 del CST que indica un proceso disciplinario, también le indicaron dentro de los funcionarios de ATIEMPO a la parte demandada que efectivamente a pesar de que se haya cometido ese error esa desvinculación tuvo lugar como lo indico frente a una situación de indisciplina que se le manejo su proceso disciplinario, manejamos una situación a descargos posterior a la correspondiente y finalmente después de que observaron esa falta ya definida dentro del CST del trabajo y el reglamento interno del trabajo se procedió a la carta de justa causa, la misma reposa en el expediente señor juez y hay que precisar que fue aportada por la parte demandante eso quiere decir que el mismo tenía claridad de esta situación por lo tanto al existir una justa causa este apoderado judicial no comprende cómo puede haber lugar a un reintegro laboral debido que pues a la terminación quedó plenamente demostrado que obedeció a un proceso disciplinario plenamente aceptado por la parte demandante.

Frente a la responsabilidad laboral de contratos anteriores se realizó una terminación objetiva plenamente identificada en el artículo 61 del código laboral del numeral d), el cual indica que cada actividad de un trabajador en misión debe tener una finalización cuando la obra o labor mencionada ha terminado, acá como se evidenció lo único tema a considerar que esta terminación de la obra o labor no se dio fue dar al

(CD folio 302, récord 1:24:52, acta folios 303 a 305).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante FERNELLY GIOVANNY MATEUS FUQUEN las pretensiones relacionadas a folios 97 a 100, sustentadas en los supuestos fácticos narrados a folios 101 a 106, las cuales están encaminadas a que se declare que entre este y la demandada (sic) existió un único contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de noviembre de 2007 y el 13 de febrero de 2013; que las demandadas bien como empleadora-usuaria o intermediaria laboral, son solidariamente responsables de todos los deberes y obligaciones derivadas del contrato de trabajo; que las empresas llamadas a juicio debían consignar la cesantía en un fondo de cesantías antes del 15 de febrero de cada año; que los pagos realizados por “*los empleadores*” por concepto de cesantías a la terminación de cada uno de los contratos de trabajo, se entenderán como pagos parciales; que al momento de terminar el contrato de trabajo sólo se puede alegar válidamente un motivo de extinción del vínculo laboral; que la carta de despido tiene una causa ilícita; que las diferentes cartas de despido que le fueron entregadas después del 28 de noviembre de 2008 están viciadas de nulidad por tener causa ilícita; que “*las terminaciones de los diferentes contratos de trabajo de mi mandante por parte de las empleadoras, usuaria e intermediaria (después del primer año de relación), están afectados de nulidad y tienen como consecuencia jurídica, volver las cosas a su estado inicial*”. En consecuencia pide se ordene su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a uno de mejor

señor juez unas manifestaciones por parte de la representante legal de Cementos Tequendama pero eso no es razón o da lugar alguno para entender que esa labor no había terminado, esa labor quedó plenamente evidenciado que se requirió por los altos pico de servicios y de producción que la empresa usuaria requería en esos momentos, por lo tanto no hay lugar a confundir estas situaciones y a pretender darle un contrato a término indefinido a la parte demandante cuando se entiende que hubo un contrato de obra o labor contratada y que el mismo ni siquiera terminó razón objetiva del artículo 61 numeral d), al contrario, vuelvo y recalco terminó por un debido proceso que se garantizó el debido proceso el principio de inmediatez, el principio de proporcionalidad y el derecho a la defensa de la parte demandante. Por lo tanto, señor juez no creo que haya lugar a procrear tampoco esta condena.

Frente al tema de la prescripción me junto a los alegatos de la parte Cementos Tequendama al indicar que efectivamente el documento presentado por la parte demandante no da lugar a que efectivamente podamos indicar que no existió la prescripción en este proceso, creo que debemos hacer un estudio preciso frente a la documentación y determinar así si efectivamente hubo lugar o no a una presentación extemporánea de la

categoría, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones y la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, todo debidamente indexado.

En subsidio del reintegro, pide se declare que su despido fue ilegal y sin justa causa, además, que se le ocasionaron perjuicios morales y se le adeudan horas extras, recargos dominicales y festivos del mes de diciembre de 2012 y el consecuente reajuste de cesantías y demás prestaciones sociales. En ese orden, se disponga el pago de la indemnización por despido sin justa causa, del trabajo suplementario correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de noviembre y el 15 de diciembre de 2012, las cesantías causadas en vigencia del contrato con su respectiva sanción, la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T y la suma de 50 SMLMV al momento de la sentencia a título de indemnización por perjuicios morales. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo con las sociedades convocadas al proceso, se ordenó a CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S reintegrar al actor a un cargo igual o de superior jerarquía al que desempeñaba al momento de la terminación del vínculo con el consecuente pago de salarios, aportes a seguridad social y prestaciones sociales dejadas de percibir hasta que se efectúe el reintegro, sumas que deben cancelarse debidamente indexadas. Además, se declaró solidariamente responsables a las dos demandadas del pago de las condenas impuestas.

Lo anterior, tras considerar el *a quo* con relación al contrato, en el caso bajo examen ocurrió un cambio de modalidad a indefinido porque si bien hubo varios contratos estos tenían idéntico objeto y no eran para la realización de varias obras, con lo cual, concluyó, se camufló una única relación de trabajo, por lo que en aplicación del principio de la primacía de la realidad encontró acreditada una sola vinculación que tuvo lugar entre el 28 de noviembre de 2007 y el 13 de febrero de 2013 con la demandada ATIEMPO S.A.S (sic).

Respecto al reintegro, discurrió, como lo que realmente se suscribió entre las partes fue un contrato a término indefinido no había lugar a tener en cuenta el argumento esbozado en la carta de despido de folio 13, en la que se aludía una

misma demanda, por lo anteriormente expuesto señor juez y reservándome mi derecho de ampliar este

finalización de la obra contratada con justa causa para dar por terminada la relación laboral, por esa razón y atendiendo que la representante legal de la sociedad Cementos Tequendama S.A.S. al absolver el interrogatorio de parte indicó que el cargo del actor pasó a ser de planta, lo procedente era el reintegro solicitado a un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba junto con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir hasta que se materializara la reinstalación. Frente a este aspecto puntualizó, solo le dio valor probatorio a la primera misiva de despido entregada al actor, la cual milita a folio 13, y no a aquella en la que se alegaba una justa causa.

Con relación a la solidaridad, razonó, siendo CEMENTOS TEQUENDAMA beneficiaria de los servicios del demandante era claro que ambas estaban llamadas a responder solidariamente por las obligaciones de índole laboral adquiridas en el asunto.

En lo tocante a la prescripción dijo no haber operado la misma por cuanto no trascurrieron los 3 años previstos en la norma y, en todo caso, el demandante había interrumpido la prescripción con la reclamación realizada a las demandadas.

Preliminarmente advierte la Sala, las razones consignadas en las consideraciones de la sentencia objeto de reproche, no resultan ser consistentes con lo consignado en la parte resolutive de la misma. Así pues, aunque el juez discurrió que el contrato de trabajo existió únicamente con la demandada ATIEMPO S.A.S, sin hacer mayores cavilaciones sobre el particular, en el numeral primero resolvió declarar la existencia de “*una relación laboral a término indefinido*” entre el demandante y “*las demandadas*”, esto es, con CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S y ATIEMPO S.A.S. La orden es del siguiente tenor:

“DECLARAR la existencia de una relación laboral a término indefinido suscrito entre el aquí demandante el señor FERNELLY GIOVANNY MATEUS FUQUEN de condiciones civiles ya indicadas al inicio de la presente decisión y las demandadas en el presente asunto CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S y ATIEMPO S.A.S desde el día 28 de noviembre del 2007 y hasta el 13 de febrero del 2013.”

Acto seguido, en el numeral segundo condenó a CEMENTOS TEQUENDAMA

recurso de apelación en segunda instancia dejó finalizado estos alegatos señor juez.”

S.A.S a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando, junto con los salarios y demás prestaciones, situación que jurídicamente y de cara al presente asunto, podría explicarse únicamente si esta hubiera sido considerada como verdadera empleadora del demandante, por lo que, pese a que así no se analizó en la providencia del *a quo*, ello se explicaría en lo dispuesto en el numeral anterior, que daría a entender que la intención del juzgador de primer grado era tener como verdadero empleador del demandante a CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S.

No obstante, y aun cuando, como se dijo, en la parte resolutive tuvo a ambas demandadas como empleadoras del demandante, declaró en el numeral tercero que CEMENTOS TEQUENDAMA era responsablemente solidaria de las obligaciones con ATIEMPO, lo cual no se torna congruente si se presupone que en realidad era su empleador según el numeral primero.

Tales disyuntivas entre las motivaciones de la sentencia y su resolución, solo pueden resolverse dándole fuerza vinculante a los ordinales que contienen las decisiones del juez y en esa medida, habrá de entenderse, para efectos de desatar la alzada, que la sentencia en realidad tuvo a ambas sociedades convocadas a juicio como verdaderas empleadoras del demandante y, en ese orden, como quiera que en la apelación CEMENTOS TEQUENDAMA insiste en que no tuvo vínculo laboral alguno con el actor, la existencia del contrato de trabajo y la solidaridad, respectivamente, serán aspectos a dilucidar en esta providencia.

Precisado lo anterior, procede la Sala con el estudio de los motivos de apelación, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), recordándose que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*), abordando inicialmente la Sala el argumento relacionado con la inexistencia del contrato de trabajo del demandante con el CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S.

En este punto, se advierte la relación laboral del demandante, en términos formales, se dio a través de diferentes contratos bajo la modalidad de obra o labor suscritos con la empresa de servicios temporales ATIEMPO S.A.S, en virtud

de los cuales este desempeñó el cargo de ANALISTA QUÍMICO en la empresa CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S, usuaria de los servicios, así (folios 27, 36 y 53):

- Del 28 de noviembre de 2007 al 27 de noviembre de 2008
- Del 28 de noviembre de 2008 al 24 de enero de 2009
- Del 14 de febrero de 2009 al 30 de enero de 2010
- Del 1 de febrero de 2010 al 7 de febrero de 2010
- Del 27 de febrero de 2010 al 26 de febrero de 2011
- Del 27 de febrero de 2011 al 18 de marzo de 2011
- Del 2 de abril de 2011 al 28 de marzo de 2012
- Del 16 de abril de 2012 al 13 de febrero de 2013

En total, entre el 28 de noviembre de 2007 y el 13 de febrero de 2003 celebró 8 contratos por duración de la obra y labor y trabajó por espacio de 5 años, 8 días³. Dicho aspecto no fue controvertido por las demandadas, quienes de hecho no negaron que la vinculación del actor se efectuó en esos términos, precisando CEMENTOS TEQUENDAMA que esta era la beneficiaria de los servicios del convocante como trabajador en misión de conformidad con lo plasmado en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 (folio 255 vto.), lo cual fue ratificado por esta última a través de su representante legal al absolver el interrogatorio de parte⁴.

Adicionalmente, al plenario se incorporó copia de los contratos de prestación de servicios No. A4-723-07 de 30 de mayo de 2007 (folios 167 a 170), A4-227-08 de 30 de mayo de 2008 (folios 171 a 174), A4-030-09 de 30 de mayo de 2009 (folios

3

Inicio	Fin	Días
28/11/2007	27/11/2008	360
28/11/2008	24/01/2009	57
14/02/2009	30/01/2010	347
1/02/2010	7/02/2010	7
27/02/2010	26/02/2011	360
27/02/2011	18/03/2011	22
2/04/2011	28/03/2012	357
16/04/2012	13/02/2013	298
TOTAL TIEMPO		5 años, 8 días

⁴ Cd folio 299, récord 51:21 acta folios 300 y 301.

175 y 176), A4-025-10 de 30 de mayo de 2010 (folios 177 a 180), A4-1008-11 de 30 de mayo de 2011 (folios 181 a 184), A3-1057-12 de 30 de mayo de 2012 (folios 185 a 188) y A3-040-13 de 30 de mayo de 2013 (folios 189 a 192), suscritos entre CEMENTOS TEQUENDAMA S.A y ATIEMPO S.A.S., los cuales tenían como objeto el suministro de personal en misión, aunque por la realización de diferentes proyectos, circunstancias estas que en manera alguna desconocen las llamadas a juicio y que tampoco se encuentran en discusión.

Conforme lo referenciado y contrario a lo manifestado por la apoderada de CEMENTOS TEQUENDAMA, la vinculación del actor no se enmarca dentro de una contratación temporal como trabajador en misión para los casos en que la Ley expone se pueden llevar tales vinculaciones, pues entre el 2007 y el 2013, es decir durante el lapso que prestó sus servicios el actor, no se demostró por ejemplo la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, el reemplazo de personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad e incrementos en la producción que dieran lugar a ese tipo de contratación, pues aunque en los contratos de prestación de servicios suscritos por esa sociedad con ATIEMPO S.A.S. se establecieron objetos disímiles frente al proyecto a ejecutar, a partir de los cuales se pretendía justificar la vinculación del personal en misión, lo cierto es que no se desplegó actividad probatoria en autos tendiente a establecer que, en efecto, lo realizado por el demandante encontraba sustento en esos objetivos de la compañía y que, en todo caso, obedecía a algo temporal, en contraposición a ello se acreditó que siempre efectuó la misma actividad como ANALISTA QUÍMICO, tal como lo certificó la empresa de servicios temporales llamada a juicio (folio 27) y lo advirtió la representante legal de la demandada CEMENTOS TEQUENDAMA, desempeñando tareas que, según lo informado por el testigo FERNANDO SÁNCHEZ SALAMANCA⁵ quien fue compañero de trabajo del actor y desempeñó el mismo cargo, debían ser realizadas de manera permanente sin que se advierta una disminución o aumento de trabajadores significativo en periodos determinados, coligiéndose que la labor desempeñada por el demandante no fue ocasional o derivada de un incremento de producción, y menos aún para la ejecución de determinados proyectos, pues se trataba de una

⁵ Cd folio 299, récord 1:54:44, acta folios 300 y 301.

función propia y permanente del giro normal de CEMENTOS TEQUENDAMA, por lo que evidentemente el promotor del litigio no era un trabajador en misión.

Es importante precisar, si bien existieron varios contratos de obra o labor suscritos por el señor MATEUS FUQUEN con la temporal atrás referida, la realidad fáctica se enmarca dentro del precepto legal contenido en el art. 77 de la Ley 50 de 1990⁶, según el cual las empresas usuarias sólo pueden contratar con empresas de servicios temporales⁷, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más⁸, es decir 1 año, superándose en el presente asunto ampliamente dicho margen de tiempo pues el actor laboró por espacio de 5 años y 8 días para CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S, esto es, entre el 28 de noviembre de 2007 y el 13 de febrero de 2013, siendo oportuno memorar que desde el parágrafo del artículo 6 del decreto 4369 de 2006⁹, se estipuló la

⁶ Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

⁷ Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, períodos estacionales de cosechas y prestación de servicios.

⁸ Situación regulada nuevamente en el artículo 13 del Decreto reglamentario 24 de 1998: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> **Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.**

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente Decreto.

⁹ Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

prohibición de contratar trabajadores en misión por términos superiores al legalmente establecido con la prórroga, independiente de que dichas contrataciones se efectúen en periodos diferentes y en ese orden, se itera, conforme la realidad vivida y probada en el caso de marras, la relación laboral del actor fue directamente con CEMENTOS TEQUENDAMA, como verdadero empleador, siendo ATIEMPO S.A.S simple intermediaria.

Vale insistir, dentro de la litis no se logró demostrar que los contratos suscritos por el convocante con la EST, cuya copia no fue arrimada a las diligencias, hubiesen sido distintos en cuanto a la actividad a desarrollar, pues de la documental arrimada y citada en líneas anteriores se encuentra que el demandante desarrolló siempre la misma labor como ANALISTA QUÍMICO al servicio de la referida CEMENTOS TEQUENDAMA.

Por otro lado, recuérdese que la norma parte de la premisa de que la EST funge como verdadera empleadora y la contratante como usuaria, por lo que la existencia del vínculo laboral deviene de la superación del término máximo de contratación y no de la existencia de los elementos propios del contrato, como la subordinación, entre el trabajador en misión y la usuaria. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717¹⁰.

¹⁰ “En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que **la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora** y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales. Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten

Ahora, aunque el demandante prestó sus servicios de forma interrumpida, en tanto a la finalización de un contrato y el inicio otro transcurrieron varios días, de la siguiente forma i) del 24 de enero al 14 de febrero de 2009 (20 días); ii) del 30 de enero al 1 de febrero de 2010 (1 día); iii) del 7 de febrero al 27 de febrero de 2010 (20 días); iv) del 18 de marzo al 2 de abril de 2011 (20 días); v) del 28 de marzo al 16 de abril de 2012 (19 días), dichos espacios no tienen el alcance de desvirtuar la relación laboral entre CEMENTOS TEQUENDAMA y el accionante, por el contrario conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, se tiene que tales interrupciones no obedecieron “a razones objetivas o técnicas, originadas por la terminación de una necesidad empresarial transitoria y el inicio de otra distinta igualmente temporal, sino que estuvo orientada a burlar la ley, generando un quiebre ficticio en la continuidad de los servicios” (Radicación No. 69399 del 15 de agosto del 2018).

En ese orden, se colige la existencia de un solo contrato de trabajo entre el demandante y la demandada CEMENTOS TEQUENDAMA, quien fungió como verdadera empleadora, que tuvo vigencia del **28 de noviembre de 2007 al 13 de febrero de 2013**, situación que da lugar a la revocatoria de la sentencia de primer grado frente a la declaratoria de la relación laboral en razón a que el *a quo*, como se anotó al inicio, estableció que la misma subsistió con las dos llamadas a juicio

sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“ Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.” (Lo resaltado es de la Sala).

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

y en el plenario no hay elementos de los que se pueda inferir una pluralidad de empleadores o la coexistencia de más de un contrato de trabajo, advirtiendo, quien pretenda la declaración de coexistencia de contratos de trabajo con varias empresas –que no es lo pretendido en autos-, en el caso en que las labores sean de la misma índole, debe realizar una demarcación o identificación clara de los contratos de trabajo ejecutados a cada empresa¹¹, pero eso aquí no ocurrió.

No sobra advertir, frente a un asunto de similares connotaciones la máxima Corporación en la citada sentencia SL 3520, Radicación No. 69399 del 15 de agosto del 2018 expresó:

“Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de

¹¹ Así lo refirió la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4682 de 2018, donde reitero la CSJ, SL2650-2018, rad. 57231, que rememoró la decisión CSJ SL, 12 mar. 1992, rad. 4812. En la que se indicó:

“Se afirma lo anterior por cuanto del estudio de las pruebas analizadas no es posible realizar una demarcación o identificación clara de los contratos de trabajo ejecutados por el demandante, como quiera que las labores desempeñadas para las dos sociedades eran de la misma índole y, por tanto, era necesario delimitar la jornada de trabajo dedicada a la prestación del servicio de ambos vínculos, respecto de los cuales se predica su coexistencia. Al efecto se trae a colación la sentencia CSJ SL, 12 mar. 1992, rad. 4812, GJ CCXXII, n.º 2461, pág. 271-285, cuyo texto reza:

[...] observa la Sala que si bien de ellos, en principio, se podría desprender la existencia de la relación laboral entre las partes -lo que haría viable la casación de la sentencia impugnada- esta Sala de la Corte se encontraría, al actuar en sede de instancia, que no se hallan acreditados los extremos de esa posible vinculación laboral, pues no puede predicarse, como lo hace la censura, que dichos extremos coincidan con los del contrato de trabajo que aquél y Conserva California S.A., por cuanto tal tiempo de servicios debe, en su límites, probarse perfectamente, y ello -se repite- no ocurrió en la litis.

Pero tampoco encuentra la Sala, del estudio probatorio realizado, que en el sub-examine se diera un deslinde total de los contratos de trabajo del actor, ya que éste no podía, por la índole de la labor que ejecutaba, desempeñar simultáneamente el mismo oficio para las dos entidades en forma independiente, a menos que la delimitación de uno y otro fuera tan contundente que no dejara duda alguna en cuanto a que el trabajo realizado para la una hubiera sido diferente del que prestó para la otra, lo que no ocurrió en el presente caso. (Subraya la Sala)

Corroborar lo anterior el hecho de no haber reclamado nunca el demandante, a lo largo de la presunta relación, que fue prolongada en el tiempo (más de seis años según lo alegado), los salarios y prestaciones que naturalmente se desprendía de ella.

En consecuencia, si bien la Sala encuentra que existió yerro por parte del Tribunal al considerar que el actor no probó con suficiencia la ejecución de las funciones consagradas en el otrosí de contrato, las cuales fueron subordinadas, la verdad es que, ese dislate no tiene la entidad suficiente para quebrar la sentencia, como quiera que al no haberse demostrado el deslinde de los contratos de trabajo que no se podían desempeñar simultáneamente, sino en forma independiente, para que no quedara duda que el trabajo realizado para una sociedad era diferente y en distinta jornada del que se prestó para la otra, no resultaba procedente la declaración judicial de la relación laboral en los términos demandados, lo que da al traste con las pretensiones incoadas.”

cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

(...)

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

(...)

La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contratos laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados. A su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella.

(...)

Descendiendo al caso, la Sala advierte que entre el 30 de enero de 2008 y el 14 de junio de 2009 (1 año, 4 meses y 13 días), y del 6 de julio de 2009 al 10 de junio de 2010 (11 meses y 4 días) el demandante en su calidad de trabajador en misión desarrolló la actividad de Instrumentista en las dependencias de Unibol S.A. La primera de las contrataciones se hizo a través de la EST Tempocosta Ltda. y la segunda por intermedio de Labor Empresarial S.A., tiempo que suma un total de 2 años, 3 meses y 17 días en la ejecución de un servicio puntual como lo es el de Instrumentista, lo que significa que hubo un notorio desbordamiento del tiempo máximo de 1 año permitido en su contratación, conforme lo previsto en el numeral 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Cumple subrayar que la interrupción de 22 días en la vinculación laboral, así como la circunstancia de que la empresa usuaria haya cambiado a su proveedor para contratarlo o que en la última EST el servicio prestado no hubiese sobrepasado el término de 1 año, no afecta la continuidad del demandante, ni libera de responsabilidad a Unibol S.A., por las siguientes razones:

En primer término, atrás se indicó que luego de transcurridos 6 meses, prorrogables por otros 6, la empresa usuaria no puede «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio» (art. 6º D. 4369/2006), de manera que el cambio de proveedor en este asunto no enerva la prohibición de contratar el servicio temporal por más de 1 año.

(...)

En estas condiciones, las actividades de instrumentista industrial desarrolladas por el actor no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como un incremento ocasional de la cantidad de trabajo, sino que era un requerimiento permanente en la empresa usuaria que debía ser atendido con trabajadores directamente vinculados por ella.

(...)

En tercer lugar, la Sala considera que la circunstancia de que en la última empresa de servicios temporales la vinculación no hubiese desbordado el término de 1 año, es incapaz de liberar de responsabilidad a Labor Empresarial S.A., dado que esta empresa era consciente de que, anteriormente, el accionante venía laborando en el cargo de instrumentista con Unibol S.A. En efecto, a folio 151 milita «solicitud de ingreso» a Labor Empresarial S.A., en la cual en un título denominado «última vinculación laboral», el actor escribió que a través de la EST Tempocosta Ltda. desempeñó el cargo de Instrumentista en la compañía Unibol S.A., desde el 31 de enero de 2008 hasta el 14 de junio de 2009.

Luego, la EST accionada deliberadamente participó en este esquema de contratación irregular, al aceptar prestar unos servicios temporales por fuera de los límites consagrados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y 6.º del Decreto 4369 de 2006. Además, si así no estuviese probado, para la Sala es claro que las empresas de servicios temporales, en el marco de su responsabilidad social y empresarial, deben requerir la información necesaria para corroborar si sus clientes están actuando con apego en la ley.”

Determinado lo anterior, y en lo que corresponde al reintegro, es importante anotar, como pretensión principal persigue el demandante se declare la nulidad y carencia de efectos jurídicos de la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo, situación que sustentó en que la decisión allí contenida no se ajusta a los preceptos legales, pues considera que la misma carece de una causa real y lícita del cual debe gozar todo acto jurídico, lo que, en su sentir, conduce a su inexistencia ya que no puede nacer a la vida jurídica cuando carece de los requisitos esenciales.

Para dilucidar el asunto, se hace necesario precisar que, entendido un acto jurídico como toda manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es posible reflexionar que el despido, al ser una declaración de voluntad expresada unilateralmente por el empleador de dar por terminada la relación laboral que lo vincula con el trabajador, puede tenerse como tal –un acto jurídico–, de lo que se sigue, es susceptible de ser anulado.

Sin embargo, en el ámbito del derecho laboral, se han establecido las circunstancias en las que se puede predicar la ineficacia del despido, que generalmente se configura por no cumplir ciertas exigencias legales al momento de efectuarlo, como sería el caso de desconocer el fuero sindical o circunstancial, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, o de personas en estado de discapacidad, el fuero de acoso laboral, entre otros, en cuyo caso habría lugar a dejar sin efectos la terminación del contrato de trabajo, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, como si el vínculo nunca se hubiere extinguido.

Ahora, refiere el demandante que la nulidad perseguida se predica en el presente asunto, por cuanto la finalización del vínculo laboral no obedeció a una causa lícita, situación que reiteró en los alegatos de conclusión presentados ante esta instancia; no obstante, debe tenerse en cuenta que, la “causa” en el marco de las obligaciones, debe concebirse como el motivo que induce al acto y que solo puede hablarse de ilicitud cuando la misma es contraria a las buenas costumbres o al orden público (1524 del C.C.).

Lo anterior obliga a diferenciar entre la “causa”, establecida como requisito esencial de la existencia de las obligaciones, que entratándose del despido corresponde a la voluntad de terminar el vínculo contractual, y la “causa” como motivo o fundamento que soporta la decisión, estas últimas contenidas en la legislación laboral.

La extinción de una relación de trabajo, encuentra motivación o causa, en la simple posibilidad que le otorga la Ley a las partes de deshacer el vínculo en cualquier momento, pues ni el trabajador ni el empleador, están obligados a permanecer atados en virtud de un contrato de trabajo de manera indefinida, decisión ésta que puede ser tomada de mutuo acuerdo o de manera unilateral, siendo necesario, para este último caso, verificar la ocurrencia de una causa justa, pues de no existir, indefectible operarán las consecuencias jurídicas que consagra el artículo 64 del C.S.T.

Sugiere lo anterior, que cuando la decisión autónoma de finalizar el vínculo adolece de una justificación o motivación enmarcada en las situaciones que la

norma consigna, el resultado no es su ilegalidad, debido a que es la Ley la que autoriza que se haga en dichos términos, por el contrario, lo que procedería es el pago de la indemnización correspondiente.

En el sub examine, se halla que A TIEMPO S.A.S, quien de acuerdo a las motivaciones precedentemente expuestas fungió como simple intermediaria de CEMENTOS TEQUENDAMA, aunque entregó dos misivas de terminación distintas, en una invocó la configuración de una causa legal de extinción del vínculo (folio 36) y en la segunda alegó la configuración de una justa causa para poner fin a la relación de trabajo que unió a las partes (folio 53) la que enmarcó en lo dispuesto en los numerales 1 y 5 del artículo 58 y numeral 6 del artículo 62 del C.S.T, por lo que no le asiste razón al demandante en cuanto a que no existe causa legal para proceder como lo hizo la demandada. Cosa distinta es si en efecto las razones puestas en conocimiento existieron y si en la realidad configuraban justas o legales para la terminación, pues de ser ello así, la consecuencia, se insiste no es la ineficacia o nulidad del acto jurídico, sino que acarrea el pago de la sanción prevista en la ley.

En todo caso, debe dejar claro la Sala que la invocación de una “*justa causa*”, no es un requisito del que pudiera depender la validez o licitud de la terminación de la relación laboral, y en esa medida, esa sola circunstancia no da lugar *per sé*, a imponer los efectos derivados de la declaratoria de ineficacia. Además, esta última figura, como ya se anotó, procede en situaciones particularísimas, las que, dicho sea de paso, se encuentran establecidas en la legislación, pactos o convenciones colectivas y en el reglamento interno de trabajo.

Bajo tales consideraciones y no existiendo en el plenario evidencia alguna de que el demandante se enmarca dentro de alguna de las circunstancias previstas en la norma para que opere el reintegro, en tanto no se invocó la configuración de fuero alguno, y no habiéndose desplegado actividad probatoria que apunte a concluir la ilicitud del acto jurídico de despido, diferente a la *causa* que como se dijo en el asunto sí es lícita, no es posible disponer el reintegro del trabajador como lo dispuso el juez *a quo*, razón por la cual se revocará la sentencia de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, en virtud a que se ruega secundariamente que se declare que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa y como consecuencia de ello, se condene a la pasiva al pago de la indemnización correspondiente, se procede a analizar lo pertinente, de cara a las pruebas allegadas con la demanda, su contestación y las copiadas en el trámite.

Frente a la pretensión subsidiaria, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el párrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa¹².

De tal suerte, es importante aclarar, de acuerdo a las disquisiciones efectuadas por la Sala, la empresa de servicios temporales ATIEMPO S.A.S actuó como simple intermediaria en la relación laboral que ató al demandante con CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S, razón por la cual se entiende que la primera actuó en nombre y representación de la última, de allí que las determinaciones adoptadas por esta sean vinculantes para la verdadera empleadora.

Atendiendo lo dicho, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada ATIEMPO S.A.S mediante comunicaciones del 13 de febrero de 2013 (folios 34 y 53). Al punto se

¹² Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *“(...) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.” la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...*”

señala, según se advierte de la documental del plenario existió un primer oficio en el cual se le informa al demandante *“que la empresa ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo y a que la labor para la cual fue contratado (a) ha terminado”* (folio 34) y, posteriormente, en esa misma fecha, entregan otra misiva en los siguientes términos:

“Me permito informarle que por error involuntario se le hizo entrega de su carta de terminación de contrato con fecha de febrero 13 de 2013 bajo referencia de terminación de contrato por la obra o labor determinada; pero la decisión de la Compañía es dar finalización al contrato de forma unilateral y con justa causa a partir de la finalización de la jornada laboral del día 13 de febrero de 2013, con fundamento en los siguientes graves hechos:

Revisada el ACTA DE CARGOS Y DESCARGOS rendida por usted el pasado 23 Enero de 2013 (sic); la empresa ATIEMPO S.A.S observa su aceptación e incumplimiento al as obligaciones o prohibiciones de su cargo, conforme a su contrato de trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo, los manuales de políticas y procedimientos de la empresa y de conformidad a los numerales 1 y 5 del art. 58 y numeral 6 del art. 62 del C.S.T.

(...)”

En cuanto a su entrega al accionante, aunque este no se refiere expresamente al recibo de la misma en su escrito introductor, en el hecho 44 (folio 15) hizo mención a que el proceso disciplinario terminó *“con la carta de despido que se anexa pero cuando a mi mandante ya le habían entregado otras”*. Adicionalmente en el interrogatorio de parte el actor¹³ al indagársele sobre el recibo de estas comunicaciones informó que le fue entregada primero aquella que fundaba la terminación en la finalización de la obra respecto de la cual firmó el recibido en la fecha mencionada y que, luego, ese mismo día, se le quiso entregar otra argumentando una justa causa, pero se negó a recibirla. No obstante, de manera contradictoria, al cuestionársele sobre cómo tuvo acceso a la misma para aportarla al expediente, señaló que pudo haberla recibido pero que no la firmó.

En ese sentido, si se tuviera en cuenta como razón de terminación del contrato la contenida en la primera comunicación, esto es, la finalización de la obra o labor contratada, la cual a la luz de lo previsto en el literal d) del artículo 61 no constituye una terminación unilateral del contrato, con o sin justa causa, sino un modo de cancelación o forma de ponerle fin a un vínculo contractual, no

asimilable con el despido, lo cierto es que habiéndose concluido que en la realidad existió un único contrato de trabajo con CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S, la finalización de la obra no es una razón válida para poner fin al contrato, por no obedecer la verdadera relación a un contrato suscrito bajo esta modalidad.

Bajo tal entendido, para esta Sala de Decisión, en el asunto en cuestión existe un despido sin justa causa, en tanto si bien, según aparece documentado en esa primera misiva, el vínculo terminó por la finalización de la obra o labor, ello sería así única y exclusivamente en el contexto de un contrato celebrado bajo esa modalidad, pero como lo que por esta vía se declara es la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, no existe circunstancia que dé cuenta que el mismo terminó con causa justificada.

A igual conclusión se arribaría si se tomara en consideración el “*despido con justa causa*” informado en la segunda misiva (folio 53), pues contrario a lo asentado por las demandadas en la alzada, en autos no se encuentran probados los hechos que dieron lugar a dicha terminación.

Al respecto, anota la Sala, la carta no puntualiza cuáles fueron los motivos de la terminación remitiéndose a los descargos realizados el 23 de enero de 2013 (folios 40 a 43), los que se desarrollaron de la siguiente manera:

“(…)

PREGUNDADO: *Sírvase manifestar si conoce los hechos por los cuales ha sido citado previamente a la diligencia de descargos y explique la razón*

CONTESTO. *Si. Que porque no reporte unas horas extras pero tengo que decir que yo le hice las vacaciones a la ingeniera Sonia, terminando las vacaciones quedaron de hacer un reajuste al salario dando una bonificación, yo no sabía que esa bonificación ya me la habían cancelado el mes anterior, porque no había retirado el desprendible de pagos e igual no tengo claro la cantidad de dinero que ingresa a mi cuenta porque yo recibo pagos de unos bienes de mi ciudad de origen a esa misma cuenta. Para esto mensualmente se reportan una hora extras (sic) que se generan y dependiendo de estas horas obtengo el salario que estoy devengando mensualmente por medio de un programa sistemático personal y luego lo corroboro con el desprendible que genera ATIEMPO. Esto por el primer desprendible. En el mes que se generaron dichas horas que se liquidan del 16 de octubre al 15 de noviembre, en el reemplazo de las vacaciones de la ingeniera Sonia, yo no tengo conocimiento de esas horas. Yo hablé con la Ingeniera Sonia antes que cancelaran el salario del mes*

¹³ Cd folio 299, récord1:05:23, acta folios 300 y 301.

de Noviembre que como me iban a pagar o de cuento sería el bono salarial, donde ella manifiesta que iban a hablar con nómina como me iban me cancelar (sic). Ella me dice que sería \$277.000 por el reemplazo de las vacaciones de ella por 15 días donde en común acuerdo pensamos que era muy bajito de esa bonificación y me manifiesta que iba a hablar para haber si había posibilidad de otro ajuste porque era muy poco par la responsabilidad que tiene el director de calidad. Al reportar el formato de tiempo suplementario de este periodo del 16 de octubre al 15 de noviembre yo firmo el tiempo generado en horas extras reportado por los turnos en el mes anexo fotocopia de este formato firmado por mí. Cuando se va la ingeniera Sonia ella le reporta a la nueva jefe que hay horas extras pendientes por pagar, ella entonces metió unas horas extras más y firmó ella por mí.

PREGUNTADO: *Cuando se entera usted de estos hechos? Y en qué circunstancias?*

CONTESTO. *En la semana del 10 al 15 de diciembre, porque una persona de talento humano lleva esa cantidad de horas al laboratorio y el pues está pidiendo la justificación de dichas horas y porque en esa semana retire los 2 últimos desprendibles de pago.*

PREGUNTADO: *Porque (sic) no lo informo (sic) de manera inmediata a ATIEMPO.*

CONTESTO. *Porque espere que llegara mi nueva jefe Liliana Becerra de vacaciones el día 17 de diciembre que salía de turno, yo tenía que hablar con mi jefe que tiempo me habían pasado o si era bonificación.*

PREGUNTADO. *Independiente de la causa del reporte o del error humano en el pago; Reconoce que le pagaron horas extras adicionales sin haberse causado efectivamente?*

CONTESTO. *Si*

PREGUNTADO: *Reconoce que habiéndose dado cuenta del pago de esas horas extras no trabajadas no informó de manera inmediata?*

CONTESTO. *Porque yo me di cuenta en esa semana de diciembre y esperé que mi jefe llegue de vacaciones que era el lunes siguiente*

(...)”

De lo anterior, se infiere, lo que se le reprocha al trabajador es haber recibido el pago de unas horas extras que no causó y no haber informado oportunamente a ATIEMPO respecto de esa situación.

Sin embargo, las respuestas dadas por el trabajador en los descargos, a juicio de esta Corporación, no resultan suficientes para entender que existió una confesión respecto a la contravención de alguna de sus obligaciones, entre otras, por cuanto, aunque reconoció haber recibido dinero por concepto de horas extras que no laboró, fue enfático en manifestar que no fue la persona que suscribió la

planilla que dio lugar a ese pago y menos quien la presento, pues esa fue una actuación que realizó Sonia Barco, anotando igualmente, consideró que esa cifra obedecía a una bonificación que se le indicó le sería cancelada por suplir en vacaciones a su jefe directo.

De hecho, la representante legal de CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S, al absolver el interrogatorio de parte, refirió que esa situación irregular dio lugar al despido de la ingeniera quien fungía como jefe directa del actor.

A más de que se reseña, en autos no hay más elementos que permitan verificar la ocurrencia de lo endilgado al trabajador como motivo del despido, de hecho, el único testigo traído al juicio, no estuvo presente al momento del finiquito del vínculo del actor y no le constan las razones que dieron lugar al mismo.

No obstante, si se encontraran acreditados los hechos que motivan el despido, no puede perderse de vista que, aunque en la carta de terminación unilateral del contrato se alega un desconocimiento de las obligaciones especiales del trabajador contenidas en el artículo 58 del C.S.T., numerales 1 y 5, que refieren en su orden a *“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 le impartan el patrono o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”* y *“Comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios”*, no se demostró la gravedad de tal incumplimiento, situación esta última que en los términos del numeral 6 artículo 62 del C.S.T. es la que da lugar a la terminación del contrato de trabajo.

Y es que si bien ante la ausencia de estipulación de las partes que califique la gravedad de la falta, le es posible al juez determinar esa circunstancia, lo cierto es que en el expediente no existen elementos de prueba a partir de los cuales pudiera efectuarse dicha calificación, pues lo único con lo que se cuenta en el expediente es con la citada acta de descargos y la misiva de despido.

Por otra parte, aunque no resulta necesario que se citen o se señalen inequívocamente las normas en que se subsumen los hechos que justifican la

decisión por parte del empleador, pues basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador, correspondiéndole al juez verificar si los mismos están o no tipificados en la ley como justa causa¹⁴, lo cierto es que efectuado el análisis respectivo se concluye que lo atribuido al demandante como causal de despido no se enmarca en ninguna de las restantes causales que establece la norma (artículo 62 del C.S.T).

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el demandante no se dio con justa causa, sea cual fuera la misiva tenida en cuenta, y en ese orden, resulta procedente el reconocimiento y el pago de la indemnización por despido sin justa causa que se rogó de manera subsidiaria.

Así, efectuados los cálculos aritméticos y teniendo en cuenta que según la certificación de folio 27 el último salario del demandante ascendió a la suma de \$1.546.242, le corresponde por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de **\$ 5.884.309,83¹⁵**, y así se dispondrá.

¹⁴ En ese sentido lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 2123 de 2020¹⁴, en la que señaló:

“Debe aclararse que, aunque la sociedad demandada no citó la norma en que subsumió los hechos, ello no era un imperativo conforme lo tiene adoctrinado la sala, pues bastaba con identificar los motivos concretos que se le imputaron al trabajador y que dieron lugar a su despido, correspondiéndole al juez verificar si los motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento. Al respecto en sentencia CSJ SL 22041, 1° jun. 2004, se precisó:

Acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vínculo laboral, la Sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que se subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual [...].

(...)”

¹⁵

Inicio	Fin	Total días laborados
28/11/2007	13/02/2013	1875

	Días	Días a indemnizar
Primer año (x30)	360	30,00
Años subsiguientes (x20)	1515	84,17
TOTAL DIAS A INDEMNIZAR		114,17

Salario mensual	\$	1.546.242,00
Salario diario	\$	51.541,40

En lo que toca a la solidaridad, baste con indicar, la EST irregular, tal como se advirtió en precedencia, solo puede catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del inciso segundo del artículo 35 del C.S.T, de forma que, en este caso ATIEMPO, debe responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del precitado artículo.

Respecto a la rogada indexación, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, resulta procedente el pago indexado de las sumas adeudadas por indemnización por despido sin justa causa, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores habrán perdido poder adquisitivo, por lo que se dispondrá que los montos ordenados a favor del actor se cancelen debidamente indexados.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, si se tienen en cuenta que el vínculo feneció el 13 de febrero de 2013, que el actor reclamó el pago de la misma ante las demandadas el 22 y 25 de enero de 2016 (folios 64 a 66 y 69 a

TOTAL INDEMNIZACIÓN (salario diario x días a indemnizar) \$ 5.884.309,83

71), respectivamente, es claro que interrumpió el término trienal al que se refieren los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T., por lo que, al haber sido interpuesta la demanda el 19 de abril de 2017, claro resulta que no operó dicho fenómeno.

Agotada la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objetos de apelación, lo que sigue es la revocatoria parcial de la sentencia para en su lugar declarar que el contrato de trabajo existió entre el demandante y la demandada CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S, la cual terminó de manera unilateral y sin justa causa, por lo que se condenará a esa sociedad y solidariamente a ATIEMPO S.A.S a pagar a favor del demandante la indemnización por despido prevista en el artículo 64 del C.S.T., confirmando en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **DECLARAR** que entre FERNELLY GIOVANNY MATEUS FUQUEN y la demandada CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S existió un contrato de trabajo entre el 28 de noviembre de 2007 y el 13 de febrero de 2013, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa.

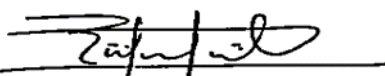
SEGUNDO: CONDENAR a CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S y solidariamente a la sociedad ATIEMPO S.A.S. a pagar a favor de FERNELLY GIOVANNY MATEUS FUQUEN la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T. en cuantía de **\$ 5.884.309,83**, debidamente indexada, conforme a las motivaciones precedentes.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

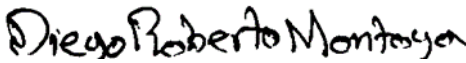
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ NANCY PINZÓN
RAMÍREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 02 2018 00477 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ROCIO MARTÍNEZ LIZARAZO, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, y que fuera remitido mediante mensaje de datos el 1 de marzo del año en curso.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, mediante correos electrónicos del 24 de febrero y 1 de marzo de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta

última, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de enero de los corrientes (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 54:00, acta de audiencia expediente digital archivo 04), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante LUZ NANCY PINZON RAMIREZ identificada con cédula de ciudadanía No. 51.708.844 al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 25 de abril de 1997 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante LUZ NANCY PINZON RAMIREZ identificada con cédula de ciudadanía No. 51.708.844 y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses es decir con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del código civil sin que haya lugar a que dichas sumas se realicen los descuentos por gastos de administración

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES representada legalmente por su presidente o quien haga sus veces a recibir los aportes de la accionante LUZ NANCY PINZON RAMIREZ identificada con cedula de ciudadanía No. 51.708.844 en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener dentro de sus afiliados a la demandante como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático

CUARTO: Dadas las resultas del juicio se declaran no probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio.

QUINTO: ABSOLVER a Porvenir de las demás pretensiones.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** a PORVENIR S.A de las que se deberá incluirse por conceptos de agencias en derecho la suma equivalente a Dos salarios mínimos legales mensuales vigentes

SÉPTIMO: Si no fuese apelado el presente fallo CONSÚLTESE con el superior.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, PORVENIR considera, se dejaron de lado criterios importantes respecto del deber de información al momento en que se efectuó el acto jurídico y no se precisa cuál fue el perjuicio que se le ocasionó a la demandante con el traslado de régimen, señalando, no pueden endilgarse situaciones que acaecieron

con posterioridad a la afiliación, como el cambio de situación económica de las administradora del RAIS y las cuales no resultaban previsibles.

En ese sentido, dice, su deber de información correspondía a ponerle de presente a la demandante si era beneficiaria o no del régimen de transición, si con el traslado de régimen renunciaba algún derecho prestacional, realizarle un comparativo entre uno y otro régimen, lo que no debía consignarse por escrito, siendo suficiente la suscripción del formulario de afiliación en el cual se constata que esa explicación había sido suministrada a la actora¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 56:22, acta de audiencia expediente digital archivo 04)

A su turno COLPENSIONES estima, no existen razones para declarar la ineficacia de la afiliación por cuanto la misma demandante en su interrogatorio manifestó que su vinculación había sido libre, voluntaria, sin presiones y con plena

¹ “Su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta los siguientes argumentos: Se declara la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la parte demandante con mi representada respecto a las condiciones del deber de información que concluye el fallador de primera instancia respecto a no verse cumplido dicho deber de información, se soporta la argumentación frente a la línea jurisprudencial, los parámetros normativos que en la materia rigen al respecto.

Es motivo de inconformidad la decisión declarada por la falladora de primera instancia en el entendido que se deja de lado criterios importantes para precisar la etapa del deber de información en que se encontraba mi representada al momento que se efectuó el acto jurídico, si bien es claro que se identifican las diferentes etapas del deber de información sobre al contexto de precisar el perjuicio que se le ocasiono si es que existió a la demandante al momento de trasladarse de régimen, véase que no se precisa o no se concluye respecto al mismo, si bien se contaban con la elaboración o no de proyecciones o simulaciones pensionales para efectuar las mismas y se reprocha la situación de que no se preveía los cambios propiamente que por naturaleza del RAIS conllevara a que las expectativas planteadas al momento del traslado iban a variar con el tiempo, no es algo que se le pueda endilgar a la administradora de pensiones porque existieron decretos que llevaron a que el sector financiero para el año 2010 subsiguientes hasta el año 2015 cambiara evidentemente la situación económica frente a las administradoras del RAIS, ello conllevo a que el capital necesario para que el afiliado pudiera llegar a pensionarse debiese aumentar y son situaciones en particular que no preveía mi representada o que no podía prever porque eran situaciones a futuro, se le está indilgando tal responsabilidad, cuando son aspectos que a futuro variaron por efectos económicos, por criterios frente a situaciones que la asesora al momento del traslado era imposible que previera.

En ese sentido el deber de información que le asistía a mi representada al momento del traslado de régimen era ponerle presente a la demandante si era beneficiaria del régimen de transición, si con el traslado de régimen renunciaba algún tipo de derecho prestacional o pensional, Realizarle un comparativo respecto a uno u otro régimen en ningún momento la ley está diciendo que debía quedar por escrito y el formulario de afiliación lo que constata es que la información le fue suministrada a la demandante, que no se puede hablar de que fuera beneficiaria del régimen de transición porque los mismos supuestos fácticos advierten que la misma no tiene esta calidad, el hecho de que contara con un poco más de 400 semanas al momento de traslado de régimen no se puede concluir que se le generó un perjuicio al momento de trasladarse de régimen, en ese sentido estaba en total libertad de realizar ese traslado de régimen, así lo realizo, suscribió un formulario de afiliación, no lo tacho de falso, no lo desconoció y ha de ceñirse a las condiciones que el RAIS propuso para ese aspecto.

En ese sentido su señoría solicito que se acceda al recurso apelación, se admita el recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se sirva en revocar en su integridad la decisión proferida por el despacho, muchas gracias.”

autonomía, no siendo posible, desde su punto de vista, que se declare la nulidad solo por advertir inconformidades con los lineamientos propios del régimen de ahorro individual, ya que la ley le otorgaba el derecho de retracto del que no hizo uso y, por el contrario, permaneció por más de 20 años en ese régimen.

Por otra parte, sostiene, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 por lo que no es posible su retorno al régimen de prima media, conforme lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004. Entenderlo en sentido contrario, refiere, implica ir en contravía de los conceptos de equidad, eficiencia pensional y sostenibilidad financiera, precisando, la actora no fue considerada en la reserva actuarial de la entidad para el pago de derechos pensionales pues desde 1997 está válidamente afiliada al RAIS.

Con relación a la carga de la prueba acude al contenido del artículo 167 del C.G.P. para indicar que los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que la alegan y no pueden ser trasladados a la entidad pensional, pues esta resultaría en una carga desproporcionada, resultando ser COLPENSIONES la más afectada.

De otro lado, indica, se realiza una interpretación errada al artículo 1604 del Código Civil pues ubica la responsabilidad de las AFP en el plano objetivo y se echa de menos que la actora como consumidora financiera también tiene unas obligaciones, como informarse y emplear la atención y cuidado a la hora de tomar decisiones, capacitarse, entre otras, advirtiendo, según la normativa aplicable el silencio se entenderá como la toma de una decisión consiente y con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve, y aquí, dice, la demandante no elevó solicitud alguna de información con lo cual, asegura, se convalidó su permanencia en el RAIS, aceptando todas las condiciones inmersas a el, no siendo el desconocimiento una razón válida para alegar la invalidez del traslado.

De manera subsidiaria, pide se condicione el cumplimiento de su obligación al previo acatamiento de las órdenes impuestas a la AFP² (Audiencia virtual de

² “Su señoría gracias, siendo el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia antes proferida por el despacho y ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en los siguientes términos:

Frente a la postura del despacho me permito manifestar que la aquí demandante realizó el traslado de régimen de prima media al RAIS conforme lo expresado por el artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual establece que la selección de uno o cualquiera de los regímenes pensionales previsto por el artículo es libre y voluntaria por el afiliado que para tal efecto manifestó por escrito la elección en su momento de la vinculación o del traslado, No hay razón para declarar la ineficacia de la afiliación en el entendido que la demandante en el interrogatorio de parte manifestó que se había afiliado de manera libre y voluntaria y sin presiones de ninguna índole, de lo anterior se tiene que la parte actora gozaba con plena autonomía gozaba con plena autonomía a la hora de suscribir dicho traslado luego entonces no es dable declarar una nulidad de la afiliación en este caso una ineficacia de régimen solo por el hecho de advertir posibles inconformidades con los lineamientos propios del fondo de ahorro individual con solidaridad en este caso PORVENIR, ya que la ley le otorga al afiliado la posibilidad de derecho de retracto el cual la afiliada no ejerció en su momento, al contrario permaneció más de veinte años afiliada al RAIS.

Adicionalmente se encuentra en la prohibición establecida por el artículo 2° de la ley 797 del 2003 por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al RPM como así lo solicita. Ahora bien sobre la constitucionalidad de la anterior restricción traigo a colación la sentencia C 1024 del 2004 la cual se pronunció frente a esta restricción ya que desde la perspectiva de esta corte manifiesta que dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que una vez estos cumplan con la edad y semanas puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas y permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta no solo contrario al concepto de equidad sino al principio de eficiencia pensional el cual consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago de forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a queda derecho el sistema de seguridad social, es así como desde el año 2004 con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005 se buscaba la protección del fondo común del RPM por medio del principio de sostenibilidad financiera que al declararse la ineficacia solicitada produciría una descapitalización en el entendido que la demandante no ha sido tenida en cuenta dentro de la reserva actuarial con quien cuenta esta entidad para el pago de los derechos pensionales, pues desde el día 25 de abril de 1997 la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

Ahora bien frente a la carga de la prueba tenemos que el artículo 167 del CGP resalta lo siguiente “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen “En este sentido el honorable tribunal en varios pronunciamientos a puesto de presente este artículo como en la sentencia de ponencia del magistrado Carlos Andrés Vargas Lleras del pasado 3 de octubre de 2017 proceso 19 2015 0915 frente a la carga de la prueba en este tipo de proceso manifestó lo siguiente “Los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan y de manera alguna pueden trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo lo anterior de conformidad del artículo 167 del Código General del Proceso, las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en que fundan su alegaciones según el extremo que ocupa, cabe advertir que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba a las AFP” en el caso en particular Colpensiones en los casos que se ha declarado la nulidad o la ineficacia es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio el 25 de abril de 1997 queriendo decir esto que ha transcurrido más de veinte años a la fecha configurándose la imposibilidad de probar dicha circunstancia que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio llevar un registro documental.

Por otra parte existe un error en la interpretación del artículo 1604 del Código Civil en el tema de traslados de régimen o declarar la nulidad, toda vez que hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que exige al demandante aportar un soporte alguno que demuestre la existencia de una fuerza o un vicio del consentimiento al momento de la afiliación al RAIS, pero se obliga que toda la carga probatoria recaiga sobre las AFP, como el decreto 2241 del 2010 establece el régimen de protección al consumidor financiero si hay un deber por parte de las AFP hay un deber por parte de los afiliados y este decreto los establece de manera tal que el afiliado debe informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, debe emplear la atención y cuidado a la hora de tomar decisiones de la selección o modalidad de pensión, de aprovechar los mecanismo de comunicación y divulgación de capacitación para conocer el sistema general de pensiones y los derechos y obligaciones que le corresponden, debe revisar los términos y condiciones del formato de afiliación, diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro tipo de documento que se requiera dentro del sistema general de pensiones, las decisiones que se tomen dentro del sistema general de pensiones manifestadas de documentos firmados o de otros documentos idóneos o autorizados para ellos implicaran la aceptación de los efectos legales, costos y demás consecuencias derivadas de las mismas, en tal sentido de conformidad con la normativa aplicable el silencio o la no toma de decisión por parte de los consumidores financieros de lugar a la aplicación de reglas subjetivas establecidas en ella con impacto en sus cuentas de ahorro pensional, se entenderá dicho silencio como la toma de una decisión consiente y con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve, teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo al caso materia del litigio se encuentra que

trámite y juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:01:31, acta de audiencia expediente digital archivo 04).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ NANCY PINZÓN RAMÍREZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (pág. 5 y 6 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 5, expediente digital), aspirando se declare la ineficacia del traslado realizado por la demandante y su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la omisión de PORVENIR del deber profesional de información. En consecuencia se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES y se disponga a PORVENIR devolver todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere

no medio por parte de la señora Luz Nancy Pinzón Ramírez alguna solicitud o información que se diere sobre su futuro pensional durante toda su vida pensional, ya que no obra ninguna prueba sumaria dentro del acervo, sustrayéndose así con sus deberes como afiliada al sistema de pensiones y convalidando su deseo de permanencia máxime cuando duro más de 20 años afiliada al RAIS, debe afirmarse además que mediante el derecho a libre escogencia de régimen en materia pensional el afiliado está aceptando directamente todas y cada una de las condiciones que se encuentran inmersas en el, y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es un argumento suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes, además esta normatividad se encuentra al alcance de todos los ciudadanos.

De conformidad con lo anterior existen unos deberes en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consiente de permanecer en el régimen seleccionado y la única manera desvirtuar una regla es la existencia de una fuerza que ha viciado el consentimiento, luego entonces el accionante haber fundado su protección en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la AFP Porvenir al cual estaba afiliada no es un argumento válido toda vez que no estamos frente al caso de una persona alega al contrario se trata de una persona con capacidad de discernimiento a la que le correspondía informarse y atender los deberes antes mencionados, en consecuencia solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la sentencia de primera instancia acogíendome para tal efecto a las razones y argumentos de la defensa, adicionalmente solicito como petición especial de no accederse a las pretensiones esgrimida por esta apoderada que la obligación de hacer de mi representada debe estar sujeta a la condición previa de que la AFP en este caso porvenir normalice la afiliación en el sistema de información del SIAF anulación a través del mantis la devolución de sus aportes a Colpensiones con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor debidamente indexados por el periodo que el actor o la actora permaneció afiliado al fondo privado, así dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias su señoría.”

generado, en aplicación del artículo 963 del Código Civil. Del mismo pide “*en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del FONDO DE PENSIONES al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta litis, a seguir pagando la misma al demandante (sic) hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que el demandante (sic) no quede desprotegido de su derecho pensional*”. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descontar suma alguna por gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de enero de

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

1962 (página 96), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 31 de mayo de 2018 (página 91) y a PORVENIR el 25 anterior (página 94) esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión -tenía 56 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 241 semanas entre las laboradas al sector público y las cotizadas al ISS (historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda -páginas 297 y 298- y certificación de tiempos de servicios -páginas 50-), que corresponden a 4,62 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **25 de abril de 1997** (páginas 57, 352 y 295) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de servidora pública de la demandante, dada su vinculación actual a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN (página 50), aunado a que conforme a la historia laboral de Porvenir desde el año 1997 y hasta febrero de 2018 (páginas 58 a 78) los aportes a pensión fueron efectuados por tal entidad, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁴ Era trabajadora de la DIAN –Sector público del orden Nacional-

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se

produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicales 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los

rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...)

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor de PORVENIR le dijo que el CAJANAL, entidad a la que se encontraba afiliada se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado, porque allí conservaría los beneficios del sector público además de recibir beneficios adicionales como una rentabilidad mayor y la posibilidad de heredar el ahorro.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 57 y 352), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad*

⁷ Audiencia del 25 de noviembre de 2020, récord 29:05.

substantiam actus, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa que reposa en las páginas 356 a 358 del expediente digital, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (25 de abril de 1997, página 57), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Frente al hecho de que la demandante antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a páginas 50 y 57, basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la accionante afiliada a dicha Caja de Previsión Social, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), vinculada al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta el 30 de abril de 1997 (página 50) destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4⁸ que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de

⁸ “ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo COLPENSIONES la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3⁹ de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (páginas 90 y 265), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

⁹ “(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)”.

Además, se advierte, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁰ (página 248), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de PORVENIR, baste con indicar, que la acción de “*recibir*”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue para ser recibido, siendo claro que solo a partir del recibo de lo que traslade la AFP podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

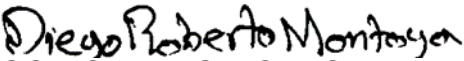
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 26 de noviembre de 2019 (página 367)

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NELSON ESTUARDO VARGAS NAVARRETE CONTRA LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y como vinculada LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 05 2018 00265 02).

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (fls. 240 y 242), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 7 de octubre del 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd. fl. 234 b, récord 44:37), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda a la Nación Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a la Nación Ministerio de Hacienda y crédito público, a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante un salario mínimo legal mensual vigente a favor de cada una de las demandadas, costas que deberán ser compartidas en un 50% a cargo de NELSON ESTUARDO VARGAS NAVARRETE y

en un 50 % a cargo de la Doctora OFIR JOHANA ANGARITA ALONSO identificada con la cedula de ciudadanía: 52.262.128 y tarjeta profesional 123 409 por darse los supuestos del artículo 80 del Código General del Proceso.

CUARTO: *En caso que este fallo no fuere apelado **CONSULTESE** con el superior a favor del demandante”*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte actora, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante NELSON ESTUARDO VARGAS NAVARRETE, las pretensiones elevadas a folio 42, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 40 y 41, solicitando se declare que en su condición de ex trabajador de la Corporación Financiera de Transportes S.A. tiene derecho a que se liquide un bono pensional complementario, al que fue liquidado mediante Resolución No. 5657 del 29 de noviembre del 2012 en el cual se incluyan todos los factores que constituyen salarios cuando laboró para dicha Corporación, esto es, la suma de \$205.000 y no de \$111.000, el cual incluye todos los factores salariales y no solo la asignación básica, en consecuencia se condene a las demandadas a liquidar un bono pensional complementario tomando como base el salario y demás factores devengados en el último año de servicios en la Corporación Financiera de Transportes, junto con las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones** pues se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas al demandante. Lo anterior, tras considerar que, resultaba improcedente la reliquidación solicitada en tanto la norma es clara en señalar que el salario base que se debe tomar para efectos de liquidar un bono pensional es el devengado al 30 de junio de 1992, para aquellas personas que tenían un vínculo contractual a esa fecha, como ocurre en autos, por lo que no resultaba posible tomar una base salarial diferente a ella.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la CORPORACIÓN FINANCIERA DE TRANSPORTE S.A. del 3 de enero de 1975 al 2 de octubre de 1988, conforme se

certifica a folio 18 del expediente. En ese orden, procede la Sala a verificar la procedencia de los pedimentos del actor tendientes a establecer si las accionadas incumplieron sus obligaciones, particularmente el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo al momento de liquidar su bono pensional, tomando como salario base uno inferior al solicitado en la demanda.

Par ello, es menester precisar, los Bonos Pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación de un capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual. En el caso del actor, y en atención a su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado el 24 de marzo de 1998 (folio 154), le corresponde un bono pensional tipo A, modalidad 2.

En lo que respecta a su liquidación, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 el cual preceptuó que para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

*a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar **la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992**, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;*

Sumado a lo anterior también se encuentra el Decreto 1748 de 1995 (Art. 27) recopilado en el Decreto 1833 de 2016, el cual señaló:

*ARTÍCULO 2.2.16.2.3.2. DETERMINACIÓN DE LA FECHA BASE (FB). **La fecha base, FB, es el 30 de junio de 1992, siempre que el trabajador tuviese una vinculación laboral válida en dicha fecha;** en caso contrario, la fecha en que finalizó su última vinculación laboral válida anterior al 30 de junio de 1992.*

Conforme a la lectura de dichas normas, es evidente que la fecha base a tener en cuenta para la liquidación de los bonos pensionales es el 30 de junio del 1992, es decir, el salario reportado para esa data, y únicamente para el caso de las personas que tuvieran una relación laboral vigente.

En el presente asunto y conforme a la HISTORIA LABORAL reportada ante la Oficina de Bonos Pensionales (fl. 121), advierte esta Sala de decisión el promotor del litigio contaba para el 30 de junio de 1992 con una relación laboral activa en la sociedad MEDICA LTDA. quien reportó en las cotizaciones efectuadas como salario base la suma de **\$111.000**, vínculo que conforme en dicha documental se indica tuvo vigencia del 12 de noviembre de 1991 al 2 de marzo de 1993, siendo por ello procedente tomar tal salario y no otro anterior como base de referencia para efectos de la liquidación del bono pensional.

Nótese que la norma es clara en señalar, que siempre y cuando exista un vínculo valido para el 30 de junio de 1992, el salario de referencia debe ser el reportado en esa fecha y no otro, por ende conforme lo señaló el juez de primer grado no pueden hallar prosperidad los anhelos del actor en tanto el salario con el que pretende la reliquidación es con uno devengado para 1988 con la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE, precisando esta Corporación con posterioridad a esa anualidad el demandante se vinculó con MEDICA LTDA. (ver fl. 122 Historia Laboral) y es con el reporte que ella efectuó que se debe proceder a la liquidación del bono pensional.

De modo que revisada la Resolución No. 5657 del 29 de noviembre del 2012 (fls. 13 a 16) proferida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la cual *“se reconoce y ordena el pago de una cuota parte de un Bono Pensional Tipo A por redención normal”* al señor VARGAS NAVARRETE, ningún yerro se advierte pues se tomó como salario base la suma de \$111.000 mismo reportado por MEDICAL LTDA. para el 30 de junio de 1992.

Así las cosas, no puede endilgarse a ninguna de las demandadas un incumplimiento, causante de un perjuicio susceptible de ser indemnizado a través de la reliquidación del bono pensional reconocido al demandante, como lo persigue, en tanto la liquidación del mismo se ajustó a los parámetros legales.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

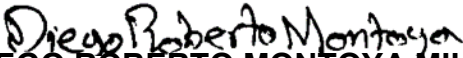
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CLAUDIA
GONZÁLEZ CANCINO CONTRA COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA S.A.
(RAD. 08 2016 00013 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA mediante correo electrónico del 19 de enero de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de noviembre de 2020 (Cd. fol. 460, récord 15:49, acta a folio 461), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la señora MARIA CLAUDIA GONZALEZ CANCINO en consideración a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos de conformidad con los resultados del proceso.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante liquídense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$877.803 pesos.

CUARTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de la parte demandante, en caso de no ser apelada la misma se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandante.”

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación aduciendo, en su sentir, la juzgadora de primer grado no valoró el material probatorio allegado con la demanda, particularmente los más de 3000 folios que fueron entregados por la actora que dan cuenta de las consultas atendidas de lunes a viernes desde el momento que inició la relación.

Refiere, la prestación de servicios fue en horas de la tarde, de lunes a viernes de 1:00 p.m. a 7:30 p.m. y el sábado en la mañana, además, que las agendas fueron programadas por la demandada, siendo esta quien envió los pacientes para que sean valoradas por la especialidad de fonoaudiología.

Insiste, con los legajos incorporados como prueba se evidencia que la actora no dejó de prestar el servicio a todos los pacientes, aseverando, si se le cuestionaba por la programación era para saber las razones por las cuáles no podía asistir, y en ese sentido, dice, está acreditada la prestación personal del servicio que es una *“de las condiciones de las cláusulas del contrato de prestación de servicios”* suscrito entre las partes.

Además, sostiene, no se demostró que se envió otra persona a cumplir el objeto contractual, lo cual asegura, es posible hacerlo en razón de un contrato de prestación de servicios, así como tampoco, que se trataba de actividades que no hacen parte del objeto de la sociedad llamada a juicio, lo cual, en sentir de la recurrente, son las que pueden contratarse a través de esa modalidad.

En ese orden, estima, si se prestó personalmente el servicio, se cumplió un horario, con independencia de que hubiese sido concurrente con su vínculo al seguro social, existió contrato de trabajo, por *“supremacía de la realidad”*.

Enfatiza, los usuarios que acudían a consulta no eran suyos sino pacientes de medicina prepagada de COLMEDICA o particulares que acudían a la IPS, siendo facturado el servicio a nombre de la demandada.

Considera, no se valoraron los testimonios, pues ninguno de ellos negó la prestación del servicio, o aseveró que se hubiera enviado a alguien en reemplazo de la demandante a cumplir sus funciones, menos aún, que no cumplió con su horario o que hubiera tenido libertad para realizar su actividad en cualquier

momento que es *“una de las libertades que tiene un contratista de prestación de servicios”*.

Manifiesta, COLMEDICA no cumplió el contrato frente a las tarifas pactadas, pese a las reclamaciones efectuadas, decidiendo establecer una tabla diferente y cambiar de nombre, pero siendo siempre esa sociedad la beneficiaria de sus servicios, quien finalmente decide terminar de manera unilateral el contrato, infiriendo de dicha comunicación de finiquito que los pacientes no eran de la demandante y que al bloquearle la agenda se ejerció subordinación.

Con todo, solicita a esta Corporación se revise nuevamente el material probatorio aportado para determinar si la actora tenía la *“absoluta libertad para hacer lo que quisiera como pasa en un contrato de prestación de servicios”* o si por el contrario se trató de un contrato laboral donde si hubo subordinación, en la que se le requería por llegar tarde o frente a las quejas de los usuarios¹ (Cd. fol. 460, récord 16:50, acta a folio 461).

¹ *“Si señora estando en la oportunidad procesal apelo la sentencia proferida por la señora juez de conocimiento y en estos términos sustento mi apelación.*

Entonces tenemos que la señora juez en mi concepto no valoró el material probatorio allegado con la demanda, en cuanto de que se anexaba más o menos tres mil folios que forman parte del expediente donde están todas las consultas atendidas por la demandante de lunes a viernes desde el momento mismo en que se inició la relación laboral, este expediente son como unas cuatro o cinco resmas que hay de elementos probatorios, ahí están todas las relaciones de pacientes atendidos; esto que indica: En primera medida que la prestación de servicio siempre fue en las horas de la tarde como quedo descrito en los hechos de la demanda de lunes a viernes y el día sábado, de lunes a viernes de la 1 de la tarde a las 7-7:30 de la noche y el día sábado en las horas de la mañana, las agendas son programadas por la entidad demandada, la entidad demandada es la que tiene la facultad de ir agendando las citas que atendió la demandante María Claudia González Cancino y eso es a la demanda del mismo usuario con una entidad que es prestadora de servicios de salud, entonces el usuario o la empresa que envía a los pacientes para que sean valorados en la especialidad de Fonoaudiología que tiene la demandante son los que programan su agenda de acuerdo a los espacios que tiene programada la entidad como tal, en este caso Colmédica, entonces a medida de que va llegando el usuario le dicen tenemos cita para tal día en tales horas, entonces tales horas cuáles son las que ella tenía contratadas que son las horas de la tarde, en las horas de la tarde de lunes a viernes y el día sábado para completar toda la agenda programada. Cuando le dicen a ella que informe si tiene algún diferencia o algo para programar es a saber si no puede asistir porque está enferma o por cualquier otra eventualidad pero ellas en todo el material probatorio que se allego que son los cientos de hojas de todos los pacientes que ella atendió ahí no se puede decir que dejo de atenderlos o de que no se prestó el servicio, ella presto el servicio y lo presto de manera personal o sea una de las características del contrato de prestación de servicios es que la prestación del servicio se haga de manera personal y una de las condiciones de las cláusulas del contrato de prestación de servicios que firma la entidad demandada con la parte actora es que el servicio se debe prestar de manera personal y así se hizo en ninguna parte se allego prueba de la parte demandada en la que se pudiera demostrar que María Claudia González Cancino envió a otra persona para que cumpliera con el objeto contractual o sea le hiciera las pruebas y los exámenes a los usuarios de Colmedica, enviar a otra persona Fonoaudióloga para que lo hiciera, esa es una de las características del contrato de prestación de servicios que usted puede enviar a otra persona a que lo haga y que libremente lo puede hacer, que lo puede hacer en las horas que sea un contrato de prestación de servicios tiene una de esas características que es de que se trata de una actividad que no forma parte del objeto misional de la empresa; el objeto misional de la empresa en el caso de Colmedica es la atención a usuarios, pacientes que reclaman un servicio ya sea en Eps o en medicina prepagada, entonces cuando un paciente como nosotros solicita una cita al médico o a especialista siempre a uno le dicen tenemos agenda para tal día ¿Le sirve a las 8, a las 9, a las 10? Y el usuario es el que le dice Déjeme a las diez de la mañana me queda bien por x o y razón y ahí van

llenando toda la agenda y ahí están las pruebas allegadas con la demanda, entonces si se prestó el servicio de manera personal, si se cumplió horarios de 1pm a 7 pm en los días sábados, que la señora demandante haya tenido un vínculo con el seguro social si es cierto y eso nunca se negó y no tiene que porque ocultar la verdad, pero es que está permitido en el personal médico que preste servicio en una, dos o tres entidades es que así está establecido en Colombia ¿Por qué? Porque el personal de salud es escaso hay especialista que no los hay en abundancia para decir que tenemos sobreoferta, entonces cuando el personal de salud es escaso la ley permitió que los trabajadores de la salud pudieran trabajar hasta doce horas diarias no las ocho que tiene establecido el CST, Sino que pudieran laborar hasta doce horas diarias la demandante tenía un contrato laboral como trabajadora oficial en el ISS era de cuatro horas de las 8am a las 12 pm allá hacia lo mismo para el ISS o sea su función como fonoaudióloga, cuando ella sale al medio ya queda en libertad ya quedan veinte horas del resto de un día que un día tiene 24 horas le quedan 20 horas para hacer lo que ella pueda hacer, entonces dentro del esquema digamos del rol de un trabajador que pueden ser ocho horas diarias o hasta doce horas según lo permite la ley, entonces ya había usado cuatro de su disponibilidad de tiempo, de su agenda o de su programa diario, le quedan otras cuatro o seis u ocho horas hasta completar la jornada máxima que son doce horas. En su tiempo adicional que no estaba contratada con el ISS trabajaba para la demandada COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA y como lo hacía de manera exclusiva entre la 1:00 pm hasta las 7:00 pm de lunes a viernes y el día sábado de ocho a 12:00 pm o 1:00 p.m. ahí completaba la agenda, entonces no se puede decir que no había exclusividad Si había exclusividad y es que eso está permitido, en la mañana podemos ser abogados de una empresa y en la tarde podemos ser en nuestro horario si está pactado cuatro horas y es que así estaba pactado por la demandante con el ISS cuatro horas y siempre su trabajo fue en las horas de la mañana y por la tarde en su resto de tiempo libre que se permite prestaba el servicio de manera personal a la demandada, entonces si hay exclusividad, si hay exclusividad para la demandada COLMEDICA, exclusivamente de la 1 pm a las 7 pm y los días sábados.

¿Que los usuarios eran de ella? No señor los usuarios todos y allí se podrá ver en toda la infinidad de documentos que se aportaron donde el paciente es del programa de medicina prepagada de COLMEDICA y en algunas oportunidades son usuarios que se acercan a la entidad y le dicen necesito que me haga un procedimiento de logaudiometria o cualquier otra valoración que es competente la señora González Cancino pero no es que le paguen a ella se lo pagaban a COLMÉDICA medicina prepagada, entonces llega el usuario si pidió el servicio se lo pagan a COLMEDICA ella nunca recibió dineros de parte del usuario para decir el procedimiento vale \$30.000 o \$40.000 pesos y yo recibo y le expiden un recibo como pago de la cita en la que han cumplido conmigo, No, eso lo cobra COLMEDICA el servicio es para COLMEDICA para los que reclaman el servicio en COLMEDICA, entonces aquí la prestación personal de un servicio a una entidad, el cumplimiento del horario, SI, el pago por los servicios también, entonces si hay supremacía de la realidad, si hay una prestación, si se debe reconocer un contrato realidad para mi concepto, pues quizás quedo por valorar lo que dijo en muchas oportunidades tanto los testigos como el gerente. La señora prestó el servicio, en ningún momento ninguno de ellos afirmó o que hubiese mandado a otra persona a prestar el servicio, en ningún momento dijeron que hubiera prestado el servicio a las 11pm, a las 12 am, o en las horas de la mañana. O sea una de las libertades que tiene un contratista de prestación de servicios y que hubiera cobrado sus honorarios a quien ella le hubiera realizado el examen, los honorarios los pagaba y en la modalidad de honorarios pero que realmente es un pago por un servicio los pagara a Colmedica y Colmedica lo requería a ella pase su cuenta de cobro pues porque es la modalidad que tiene ellos y si pasa la cuenta de cobro es atendí tantos usuarios de acuerdo de la programación de agenda que me han hecho por eso le pagaban y en esa medida Colmedica no cumplió el contrato que se había hecho, en el contrato que se hizo estaba establecido claramente que debía realizar ciertas actividades, que las actividades costaban ciertos valores ahí está la tabla anexa y Colmedica desde un principio decidió establecer una tabla totalmente diferente a lo que se había pactado y es más después deciden que ya no se llaman Colmedica sino que tiene otro nombre que son los que dicen después que con ellos se contrató y No, ella solamente tuvo una sola firma de contrato la cual se prorrogó en el tiempo hasta el día que fue terminada la relación laboral por parte de la entidad y siempre fue Colmedica quien recibió la prestación del servicio por parte de la demandante y colmedica es la que en un momento determinado decide que se termina el contrato de trabajo en gracia de discusión diría uno bueno si se termina el contrato de trabajo entonces y que ellos mismos dicen en la hoja de contrato de trabajo dice que su agenda ha sido suspendida y que ya no le programan más, entonces ahí están reconociendo en la carta de terminación de contrato, está reconociendo que la agenda y los pacientes son de Colmedica no son propios de la señora Cancino, que colmedica es la que le programa y le dice desde mañana usted no venga más porque ya no tiene pacientes programados que se le ha bloqueado su agenda, Entonces ¿Que indica esto? la subordinación, el mandato ella en muchas oportunidades y ahí está el material probatorio que la señora juez lo enuncio en muchas oportunidades ella presentó reclamación y Colmedica en muchas oportunidades le dio evasiva lo vamos a ver pero finalmente cuando ella les sigue existiendo que le están debiendo dinero, que no le están cumpliendo con el objeto contractual con lo que ella pacto, entonces deciden decirle que se termina el contrato es más si en gracia de discusión como se observa el día en el que le terminan el contrato de trabajo ya llevaba un mes de una prorrogación “automática” del primer contrato, eso al menos se debió haber tenido en cuenta aquí no se valoró eso.

Entonces solicito a los honorables magistrados que se valore, se revise todo el material probatorio aportado en el cual una persona que tuviera absoluta libertad para hacer lo que quisiera como pasa en un contrato de prestación de servicios con toda esa cantidad de documentos que se llegaron al proceso consultas que

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA CLAUDIA GONZÁLEZ CANCINO, las pretensiones visibles a folio 6 y 7, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de folios 3 a 6, encaminadas a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 13 de febrero de 2008 y marzo de 2014 (sic), el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios causadas en vigencia del mismo, junto con la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T, la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la diferencia entre lo pagado y lo dejado de cancelar por concepto de salarios conforme al valor pactado por consulta médica “según el contrato de trabajo”, la indemnización por despido sin justa causa y la devolución de los aportes a seguridad social en pensión y salud, todo debidamente indexado. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que si bien se encontraba probada la prestación personal del servicio y, en esa medida, en aplicación de la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T existía contrato de trabajo, lo cierto es que COLMÉDICA había logrado derruir dicha presunción al acreditar la ausencia de subordinación.

atendió la señora Cancino ahí no había libertad porque si usted atiende 20 o 30 pacientes por día ¿Dónde está la libertad? ¿Dónde dijo ella yo los atiendo en la noche después de las 7:00 pm o en media mañana, en la madrugada? Como puede hacer cualquier prestador de servicios en la modalidad de Ley 80. Entonces aquí hay un contrato laboral donde si hubo subordinación, donde hay pruebas de la supervisora, jefe del servicio que le informa al otro jefe que la señora Cancino está llegando tarde y ella ¿Qué informa? Hubo un trancón, se me varo el carro estoy sufriendo acá pero ya llego y hay otras observaciones por ejemplo de una señora madre de un niño que cuando le van a hacer el examen va y pone quejas por la prestación del servicio de la señora Cancino de que porque no le habían tenido paciencia al niño que porque estaba llorando y la señora reporta eso como una falla o una falta de la señora María Claudia González Cancino, entonces si hay subordinación, si hay llamados de atención, le están diciendo llego tarde, le están diciendo preséntese o cumpla mire que los usuarios se están poniendo bravos porque usted llego tarde, entonces cuando a uno alguien le manifiesta eso ahí hay subordinación y cuando alguien le pagan porque usted hizo 30,40, 45, 100, 200 exámenes al mes ahí hay pago por una labor realizada, entonces señores magistrados ruego a ustedes la valoración adecuada del material aportado, más o menos las cinco resmas de papel que pasaron con todas las pruebas de todos los pacientes que atendió la señora Cancino en algún momento, hasta el mismo representante legal incurrió en errores al reconocer su que la señora prestaba el servicio de manera personal, si hubiera sido algo esporádico habría quedado más que probado. Entonces señores magistrados ruego a ustedes valorar las pruebas y conceder todas las peticiones formuladas en la demanda, en estos términos dejo sustentado mis alegatos de apelación.”

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Pues bien, tal como lo asentó la juez de primer grado, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal de la demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató de un contrato de prestación de servicios, razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juicio desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el *ad quem*, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

En ese orden de ideas, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio de la demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (folios 187 y 188), por lo que el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, la Sala abordara el estudio del material probatorio en aras de establecer si la encartada logró desvanecer la presunción en comento.

Bajo las premisas anteriores, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, destacando de las documentales obrantes en el proceso, el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes (folios 20 a 28 y 197 a 204), en el que consta que MARIA CLAUDIA GONZÁLEZ CANCINO fue contratada por COLMEDICA con el objeto de que la primera prestara a favor de la última sus servicios *“como profesional adscrito a la Guía Médica de COLMÉDICA M.P., y dentro de las instalaciones de las IPS de ésta tomadas en arrendamiento por EL PROFESIONAL a los usuarios de los planes de medicina prepagada que COLMÉDICA M.P. comercializa, de acuerdo con las condiciones contractuales establecidas en los mismos”*, ejecutando sus actividades en la IPS ubicada en la *“Calle 90 N 19-29 de la ciudad de Bogotá”*.

En dicho instrumento se pactó además, en la cláusula primera (folio 21)

“PARÁGRAFO SEGUNDO: EL PROFESIONAL prestará los servicios objeto del presente contrato, utilizando los recursos que COLMÉDICA M.P. colocará a su disposición como parte del contrato de arrendamiento de consultorio suscrito entre las partes y que constituye marco de referencia para la ejecución e interpretación del presente contrato, entre los que se encuentran, sin limitarse a ellos, el software y hardware para el adecuado diligenciamiento y archivo de la historia clínica, los insumos, servicios públicos domiciliarios, y demás que sean necesarios para la prestación del servicio.

*PARÁGRAFO TERCERO: EL PROFESIONAL prestará sus servicios a los usuarios de COLMÉDICA M.P. que libre y voluntariamente soliciten los mismos, por lo cual queda entendido que COLMÉDICA M.P. en ningún caso inducirá a sus usuarios para que escojan EL PROFESIONAL y que por lo tanto no garantiza a éste un determinado número de usuarios para ser atendido por él.
(...)”*

Al plenario se incorporó igualmente copia del contrato de arrendamiento CMCMP248 del 7 de febrero de 2009, celebrado entre MARIA CLAUDIA GONZÁLEZ CANCINO y COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA S.A. (folios 206

a 209) por el cual la profesional en calidad de arrendataria “*recibe a satisfacción a título de arrendamiento en la casa ubicada en la Calle 90 No. 19-29 de la ciudad de Bogotá D.C. de uso exclusivo de COLMÉDICA M.P. un área destinada para la consulta y procedimientos que adelantará el PROFESIONAL ARRENDATARIO con el fin de dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios de salud No. CMCMP248, celebrado entre él y COLMÉDICA M.P. contrato que se constituye en marco de referencia del presente documento y que forma parte integral del mismo.*

PARÁGRAFO PRIMERO: El arriendo del área para consulta y procedimientos de que trata la presente cláusula, incluye sin limitarse a ellos, los siguientes recursos que COLMÉDICA M.P. colocará a disposición de EL PROFESIONAL: El software y hardware para el adecuado diligenciamiento y archivo de la historia clínica, los insumos, servicios públicos domiciliarios y demás que sean necesarios para la prestación del servicio. El servicio de teléfono, incluye solamente el servicio de llamadas locales, las llamadas de larga distancia y a teléfonos celulares serán por cuenta de EL PROFESIONAL ARRENDATARIO.”

En el expediente, a folios 330 a 355 reposan correos electrónicos en los que la demandante informa a la demandada la disponibilidad de horario para cada mes, efectúa solicitudes de bloqueo de agenda y de ampliación de la misma por demanda. Así entre otras, y a manera de ejemplo se citan las siguientes, para diciembre de 2012 (folio 330) indicó:

*“(…) Me permito confirmar mi agenda para el mes de diciembre así:
Martes de 2 y 20 a 7pm, miércoles, jueves y viernes a partir de 2y30 a 7pm hasta el 14 de diciembre/2012. A partir del martes 18 de diciembre de 2y20 a 7pm, miércoles, jueves y viernes a partir de 3pm a 7pm. Favor no programar 27 de diciembre. Sábado 22 de 8 a 4 pm. Muchas gracias y feliz navidad. (sic)
María Claudia González
Fonoaudióloga”*

Del mismo modo el 2 de octubre de 2012 (folio 334), requirió:

*“(…) por la liquidación del iss sitio en el que laboro me permito solicitar el bloqueo de la agenda de mañana (sic) miércoles 3 de octubre/2012 si no hay pacientes citados, gracias.
María Claudia González Cancino
Fonoaudióloga”*

En comunicación del 7 de marzo de 2013 (folio 344), solicitó:

“(…) por favor me puedes bloquear hoy 7 de marzo a partir de 5y50, motivo cumpleaños de mi hija.

Gracias

María Claudia González”

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la encartada³ quien señaló que la actora se vinculó a COLMÉDICA para formar parte de la red de profesionales adscrita, vinculada mediante contrato de prestación de servicios entre 2008 y 2012, además, refiere con la profesional se celebró un contrato de arrendamiento pero desconoce su vigencia. Mencionó, los usuarios eran en su mayoría afiliados a COLMEDICA Medicina Prepagada y las citas se asignaban de acuerdo a la agenda que habilitara el profesional. Indicó, los equipos empleados por la demandante eran de propiedad de COLMÉDICA quien recibía el valor de la atención y distribuía el pago al profesional y la IPS según las tarifas.

Asimismo, la demandante en su interrogatorio⁴ aceptó que suscribió tanto el contrato de prestación de servicios como el contrato de arrendamiento con COLMÉDICA, advirtiendo el primero finalizó el 30 de abril de 2012. Sostuvo, en 2012 le enviaron un contrato con Unidad Médica y de Diagnóstico pero no lo firmó, precisando, aunque firmó la tabla de tarifas la misma no correspondía a lo acordado. Dijo, estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales de manera concomitante a su contratación con COLMÉDICA, laboraba 4 horas en la mañana en el ISS y a partir de la 1:00 p.m., con COLMÉDICA. Al cuestionársele si tenía la oportunidad de cuadrar turnos con COLMÉDICA, respondió afirmativamente, además, también refirió a la posibilidad de bloquear su agenda según su disponibilidad, anotando que era difícil cuando ya había pacientes con cita porque ello afectaba los índices de productividad. Refirió, quien ejercía la interventoría de su contrato era EDGAR HUMBERTO CORTÉS. Indicó, jamás fue citada a descargos pero si hubo correos en los que se le hacía observación de los pacientes, aunque al indagársele si eso hacía parte de la interventoría que realizaba EDGAR HUMBERTO, sostuvo “*sí, frecuentemente*”. Por otra parte adujo que aceptó el canon de arrendamiento que inicialmente correspondía al 1.5% del total de la cuenta, pero que después no le volvieron a descontar.

³ Audiencia del 13 de febrero de 2018, Cd folio 420, récord 05:19.

⁴ Audiencia del 13 de febrero de 2018, Cd folio 420, récord 20:45.

De igual forma, se recibió el testimonio de MARIA BERNARDA GÓMEZ PINEDA⁵ quien dijo haber laborado para COLMÉDICA como coordinadora asistencial y conocer a la demandante cuando coordinó la sede de la Calle 90. Anotó, la actora suscribió con la demandada un contrato de prestación de servicios, su pago era por servicios prestados según las tarifas fijadas; que la demandante atendía pacientes tanto de COLMÉDICA como particulares quienes agendaban la cita a través del *call center*, según el horario determinado por el profesional. Refirió, la doctora GONZALEZ CANCINO podía cambiar citas, incluso dijo, cuando habían pacientes y la demandante decidía cancelar tocaba re agendar con otro profesional o en cualquier otro día que ella pudiera. En ese mismo sentido señaló, la actora podía cancelar la agenda cualquier día por el momento que fuera. Mencionó, la demandante también laboraba en el ISS. Comentó a MARIA CLAUDIA no se le realizaron llamados de atención ni descargos pero si se hacían retroalimentaciones en virtud de la interventoría y porque estaban sometidos a la gestión de calidad en las que se medía el nivel de satisfacción del usuario que exigía una mejoría en la prestación del servicio y el sentir del paciente. Indicó, la actora elaboraba y enviaba su propia agenda según la disponibilidad que ella reportara y podía cambiarla como quería. Señaló, la profesional no requería permisos para ausentarse.

A su turno, EDGAR HUMBERTO CORTÉS⁶ gerente de centros médicos de COLMEDICA y la filial UNIDAD MÉDICA DE DIAGNÓSTICO, refirió conocer a la demandante porque ella fue fonoaudióloga en uno de los centros médicos de Bogotá, sede cedritos, entre 2008 y 2014 o 2012, con quien la entidad suscribió un contrato de prestación de servicios y uno de arrendamiento que hacía parte del primer contrato. Ilustró, la actora pasaba cuentas de cobro según los servicios prestados y de allí se descontaba lo atinente a arrendamiento. Con relación al agenda de la profesional, indicó que ella tenía libertad de enviar su disponibilidad para atender a los pacientes, esto es, contaba con libertad de ofertar, no obstante, como la retribución dependía de la cantidad de personas que atendiera, tenía una buena agenda. Refirió, la actora podía cambiar su disponibilidad. Habitualmente atendía pacientes que llegaban al centro médico o de COLMÉDICA que la elegían de su red de servicios y separaban su cita a través del *call center*. Anotó, la oferta era según la agenda informada, y la tarifa era por porcentaje, aclarando que no era sobre la tarifa plena. Señaló, estaba obligado a efectuar interventoría a la

⁵ Audiencia del 13 de febrero de 2018, récord 38:08, CD folio 420.

⁶ Audiencia del 13 de febrero de 2018, récord 1:07:03 Cd folio 420.

prestación del servicio para garantizar la calidad y atender las quejas de los pacientes sobre los profesionales, no hubo llamados de atención. Refirió la actora podía cambiar o cancelar las citas sin justificación alguna, o no abrir agenda, todo era su decisión solo informaba si iba a ofertar o no, sin necesidad de justificar si estaba incapacitada, si se iba de viaje, etc. Comentó la demandante era trabajadora de planta del ISS.

También se recibió la declaración de MEYDEL CHAVEZ⁷, quien refirió ser amiga y compañera de la demandante en COLMÉDICA entre marzo y mayo de 2008. Al tema indicó que no conoció la forma de vinculación de la actora, creía que era igual al de ella, pero sabía que se desempeñaba como Fonoaudióloga en COLMÉDICA. Desconoció las razones por las que terminó el contrato. Sostuvo que el horario de la actora era de lunes a viernes y un sábado cada quince días; que cada uno asumía su agenda, que en los tres meses vio a María Claudia, no recuerda si tenía que pedir permiso para ausentarse, sobreentendiéndose que podía llamar a hacerlo. No le consta directamente ninguna llamada de atención. Refirió que usaban batas distintivas de COLMÉDICA; que la demandante también trabajaba en el ISS, tiempo parcial de 4 horas en la mañana. No sabe exactamente como se acordaban los horarios pero insistió en que la vio todos los días.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, es menester precisar las manifestaciones de los testigos gozan de plena credibilidad por esta Sala dado que los deponentes en gran parte de sus versiones fueron coincidentes entre sí y con los demás medios de prueba, precisando que solo se tendrán en cuenta las manifestaciones que deriven de la percepción directa de los hechos narrados, destacando en este punto que por tal razón las manifestaciones de MEYDEL CHAVEZ, ofrecen poco convencimiento en su totalidad, dado solo compartió con la demandante por espacio de tres meses y no le constan circunstancias particulares de la vinculación de la actora con la pasiva.

Pues bien, del análisis de las pruebas aportadas en conjunto, tal como se aceptó por las partes y se anunció desde el inicio, existió una prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA, desempeñando el cargo de FONOAUDIÓLOGA de lo cual también dan cuenta los más de 5000 recibos de caja acopiados en el cartapacio procesal.

⁷ Audiencia del 14 de septiembre de 2020, récord 06:22.

Sin embargo, pese a ocupar dicho cargo, la demandada logró desvanecer la presunción que cobijaba a la actora, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutaron las actividades que para dicha sociedad desarrolló. Así, no se encuentran elementos individuales que en suma permitan visualizar la configuración de la mencionada subordinación, pues la prueba testimonial y la documental resulta consistente para determinar que la demandante era libre de fijar el horario de prestación de servicio y de disponer de él, aunque habitualmente desarrollaba sus funciones de lunes a viernes, esto es, tenía la potestad de determinar los días y horas en los que prestaría el servicio y bloquear su agenda sin aducir a razón alguna según su conveniencia y necesidad, sin lugar a que por su inasistencia o falta de oferta de servicio se iniciara una acción disciplinaria en su contra.

Adicionalmente, las pautas o lineamientos que se le pudieron dar a la promotora del litigio no pueden dar lugar a entender algún tipo de órdenes, pues es claro que la accionada debe velar por la prestación de un buen servicio de salud a sus pacientes.

De igual forma, pese a la manifestación de la demandante frente al control del cumplimiento de horario, a juicio de esta Sala, tampoco constituye un elemento que por sí solo tenga el alcance de demostrar la existencia de un vínculo laboral o la presencia del elemento de subordinación, por cuanto es totalmente plausible que en la ejecución de un contrato de prestación de servicios se exija el cumplimiento de las obligaciones pactadas, así como ciertas responsabilidades connaturales al objeto contractual, máxime si sus funciones están enmarcadas en las normativas dispuestas para el sistema de seguridad social en salud.

En ese mismo orden, debe tenerse en cuenta que las empresas prestadoras de servicios médicos deben garantizar el suministro de servicios a los pacientes, lo que permite establecer jornadas de trabajo a los profesionales de la salud. Y es que las circunstancias relacionadas con la profesión de la accionante y el desarrollo de la ejecución del vínculo contractual, la existencia de programación de turnos o agendas resulta apenas lógica para el desarrollo del objeto de la sociedad demandada, sin que ello pueda observarse de manera aislada como un acto constitutivo de subordinación, debiendo destacarse en todo caso, que conforme la prueba testimonial, incluso del dicho de la propia actora, el cumplimiento de la

jornada de trabajo tampoco era una circunstancia de obligatorio cumplimiento dado que la agenda era programada según su disponibilidad, sin que ello, se insiste, conllevara a retaliaciones de la demandada.

Así pues, no se aprecia por parte de esta Sala de decisión exigencias de exclusividad para la prestación de los servicios, cumplimiento de horarios, órdenes o llamados de atención en ejercicio de un poder disciplinario por parte de la supuesta empleadora.

Es la forma como se ejecutó la actividad la que evidencia la ausencia de subordinación más que los instrumentos formales que hicieron parte de la contratación de la actora, como el contrato de arrendamiento.

Ahora, aunque se incorporaron algunas impresiones de correos electrónicos, se advierte, los de folios 30, 35, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 106, 107 y 110 no fueron impresos de manera completa, situación que impide darles valor probatorio dada la imposibilidad de verificar con exactitud su contenido, incluso, en algunos no consta el remitente y destinatario, y en todo caso, de los extractos que logran leerse no se advierte el ejercicio del poder subordinante por parte de la demandada, con los que se derruya la conclusión a la que arribó la Sala por cuanto versan, en su mayoría sobre los pagos de las cuentas de cobro e inconformidades en la liquidación de honorarios.

Así las cosas, se itera, la presunción que cobijaba a la demandante (artículo 24 del C.S.T) se desvaneció, y contrario a ello, quedó demostrado que la labor por esta desempeñada, fue ejecutada bajo plena autonomía y en el marco de un contrato de prestación de servicios, razón por la cual se prohijara la decisión de primera instancia.

Agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

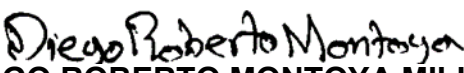
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

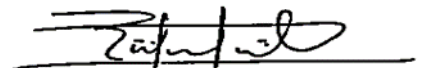
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

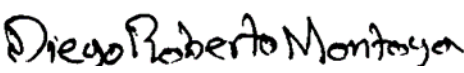
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de la demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MARINA ANGULO
MARIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 09 2019 00725 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES (folios 79 y 80), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 2 de diciembre de 2020 (Audiencia virtual concentrada de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 71, récord 17:47), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a LUZ MARINA ANGULO MARIÑO la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por un valor de \$27.170.325 pesos la cual fue indexada a la fecha de esta decisión por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: COSTAS por parte de la demandada, tásense por Secretaría, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$850.000 pesos según lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: REMÍTASE el presente asunto a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado

jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ MARINA ANGULO MARIÑO, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 4, solicitando se reconozca y pague a su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de vez de acuerdo a lo señalado en la Ley 100 de 1993 debidamente indexada, junto con las costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar a favor de la demandante la suma de \$27.170.325, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada, tras considerar que la actora cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y no generarse incompatibilidad alguna por la pensión de jubilación que devenga por parte del magisterio.

Así las cosas se debe precisar, no fue motivo del debate jurídico, la calidad de pensionada que ostenta la demandante, tal y como puede verificarse del contenido de la Resolución No. 6218 del 20 de diciembre de 2010 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 25 y 25 A) de donde se extrae que se le otorgó una Pensión Vitalicia de Jubilación a partir del 28 de marzo de 2010 en cuantía de \$1.959.572.

De tal manera, descendiendo al caso de autos se advierte el problema jurídico traído a los estrados se circunscribe en determinar si la demandante puede ser acreedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los aportes efectuados a Colpensiones pese a estar pensionada por Jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Conforme a lo anterior, advierte la Sala no pueden ser de recibo los argumentos expuestos por Colpensiones en los actos administrativos SUB143454 del 7 de junio de 2019 (folios 11 a 13 y 19 a 23) que negaron la prestación económica al establecer su incompatibilidad por encontrarse la demandante pensionada por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por varias razones a saber.

En primer lugar, porque verificado los aportes a Colpensiones visibles a folios 51 a 55 **no se advierten cotizaciones** de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de vejez y conforme al Resolución de reconocimiento de pensión de jubilación ésta se otorgó en razón a los 20 años de servicios prestados como Docente de vinculación Distrital, la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folio 25).

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6 del Decreto 1730 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de jubilación que actualmente percibe la demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., información que se extrae de la Resolución No. 6218 de 2010 (Art.1 folio 25 A), a más que los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva provienen de empleadores privados (ver fls. 51 a 53), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la Pensión de Jubilación del Magisterio, tratándose de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que la promotora del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones, distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que disfruta no generándose la incompatibilidad alegada.

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política¹, por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son

¹ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2² y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959³.

²“los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

³ En un principio, tanto antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 como de la Carta de 1991, como con posterioridad, se consideró que los dineros administrados por el ISS para la adjudicación de pensiones ostentaban naturaleza pública, dada la calidad del Instituto, por lo cual, se generaron conflictos al solicitarse pensiones de vejez por quienes eran titulares de pensiones jubilatorias –legales o convencionales– canceladas por entidades estatales, o suspendérseles dichas prestaciones al acceder a la pensión dispensada por el ISS.

Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:

“Respecto del segundo cargo en donde se acudió al submotivo de violación de la infracción directa, tampoco puede tener prosperidad el ataque, habida cuenta que esta Sala de la Corte en procesos con características correlativas y en los que se ha planteado una acusación similar, estudió y definió el tema, adoctrinando que las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es posible colegir que se sufragan con dineros del tesoro, y en estas condiciones para los eventos donde el empleador sea una entidad oficial, no se configura la prohibición constitucional y legal prevista en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4^a de 1992, es así que en sentencia del 14 de febrero de 2005 radicado 24062, se dijo:

‘(...) Ciertamente, se pagan con recursos del Tesoro, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, esto es, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, o las sociedades de economía mixta donde predomine el capital estatal, en el entendido de que el inciso segundo del artículo 128 de la Constitución Política establece que <Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas>, y por ello cualquier pensión extralegal que exista en esta clase de entidades, como es el caso de aquellas que tengan como fuente una convención colectiva de trabajo, son del orden oficial’.

‘Se tiene entonces, que una pensión extralegal otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del Tesoro, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante’.

‘Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

‘El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política’.

‘En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador’.

‘En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública’.

‘Así, entonces, el pago simultáneo a un beneficiario de una pensión convencional por un ente oficial y la de vejez del ISS cuando la ley así lo permite no configura la prohibición consagrada tanto en el artículo 128 de la Constitución Política, como en el artículo 19 de la Ley 4° de 1992’.

‘En sentencia del 22 de marzo de 2002 con radicado 17347, dictada en un proceso contra el Banco Cafetero, sobre el tema se puntualizó:

‘De todos modos, de darse por superada esa equivocación, el cargo no saldría avante, para lo cual basta transcribir la sentencia de 27 de octubre de 1995, radicada con el No. 7792, que reprodujo en parte la de 27 de enero del mismo año (radicación 7109), reiterada posteriormente por la de 31 de marzo de 1998 (radicación 10047), pues el tema de fondo se centra en la supuesta imposibilidad de que las pensiones en discusión, esto es, la convencional reconocida por el Banco y la de vejez otorgada por el I.S.S. sean concomitantes, al estimarse que ambas provienen y son sufragadas por el tesoro público, lo cual a juicio del recurrente viola no solo de las normas legales que se mencionan, sino además, el artículo 64 de la Constitución Nacional que prohíbe expresamente la convergencia de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público’.

‘Esto dijo la Corte en las sentencias aludidas:

"El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público, hoy Empresa Industrial y Comercial del estado, artículo 1° D.L. 2148 de 1992). El ISS fue creado por la Ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada Ley se adoptó un sistema de financiación tripartita trabajadores, empleadores y Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un ‘...aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación...’ (literal e ibídem).

“Posteriormente se dictó el decreto Ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: “De los aportes de patronos y trabajadores, en los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento”.

“La cotización para el seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador”.

“Puede verse con facilidad que el aporte del estado desapareció de la seguridad social (hasta antes de la Ley 100 de 1993, expedida en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política)”.

“También el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido; en efecto, en decisión del 24 de marzo de 1983 anotó: ‘...lo anterior exonera a la sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de seguros Sociales, que aunque últimamente configurado como establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció”.

“Y en sentencias del 27 de febrero y 6 junio de 2003, con radicación 19508 y 20271, ésta última rememorada por la réplica, y que fueron reiteradas en decisión del 23 de septiembre de 2004 radicado 23430, se precisó:

“‘A pesar de que los cargos primero y segundo se formulan por vías distintas, la Corte procede a su estudio de manera conjunta en atención a que ambos buscan demostrar la incompatibilidad para recibir más de una asignación del tesoro público, y tienen una respuesta común: que las reservas pensionales de las que proviene el pago de la pensión de vejez objeto de la controversia, no hacen parte del tesoro público, como pasa a indicarse.

“‘Los recursos para el pago de las prestaciones que se originan en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina.

“‘Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es el de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de destinarse a la finalidad que la ley les señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones, han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones.

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los requisitos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, para lo cual es menester remitirnos a la normatividad vigente que regula la materia, esto es, al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal dispone:

“Artículo 37: Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, estableciendo en lo que acá interesa, que las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (naturaleza que en efecto tiene la entidad enjuiciada), deberán reconocer la indemnización sustitutiva:

“La Constitución Política de 1991 incorporó al mundo normativo la institución de la parafiscalidad, creada por la doctrina a partir de figuras legales como las contribuciones destinadas a cubrir los riesgos en salud y pensiones; la ley que regula el sistema de seguridad social plasmó en su texto los elementos esenciales con las que esta doctrina ha diferenciado los recursos parafiscales; así, la Ley 100 de 1993, en su artículo 283 consagra la exclusividad del beneficio en pensiones; los artículos 25, 52 y 90 le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos, en su orden, del Fondo de Solidaridad Pensional, del régimen de prima media con prestación definida, del de ahorro individual con solidaridad, de manera que, de los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad –solo antitécnicamente- por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos”.

“De esta manera, el fondo económico del que proviene el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes aunque esté radicado en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, no es ni ha sido propiedad suya, sino que éste ha sido sólo administrador de aquellos”.

“La Constitución Nacional señala las entidades que contribuyen a conformar el Tesoro Público: la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, dentro de las que está comprendido el Instituto de Seguros Sociales, por su carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, e integran el tesoro con los bienes y valores que sean propios de cada una de ellas; como las reservas pensionales con las que el Instituto cubre el valor de la pensión de vejez, no son de su propiedad, sino que son sólo administradas por él, no hacen parte del Tesoro Público”.

“Así, entonces, el Tribunal Ad quem no infringió la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Nacional.”

“Pues bien, al no tener el carácter de pública la pensión legal que reconoce el Instituto de Seguros Sociales a un trabajador oficial, trayendo como consecuencia que no se configura la prohibición constitucional y legal que pone de presente la censura, y siendo hechos indiscutidos tanto el origen de las pensiones de jubilación que otorgó la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. a los demandantes con antelación al 17 de octubre de 1985, valga decir, de naturaleza convencional, como que el ISS a su vez les concedió a éstos la pensión de vejez, y que la demandada decidió cancelar únicamente la diferencia entre las dos pensiones para comenzar a compartirla, se concluye que dichas pensiones se deben mantener como autónomas, con mayor razón cuando en verdad tienen la vocación de ser compatibles.” (Resaltes de la Sala).

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que:

“m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”.

“Artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, por el cual se modifica el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001: Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994⁴, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994”.

En atención a las preceptivas enunciadas, surgen entonces tres requisitos legales para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, a saber:

- A) El cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez (55 años para el caso de las mujeres antes del 2014 y 57 con posterioridad).
- B) No haber completado, al cumplimiento de esa edad la densidad de cotizaciones suficientes para obtener la pensión de vejez -1300 a partir del 2015⁵, y
- C) La manifestación de encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando.

En ese orden, descendiendo al caso de marras, se tiene que la demandante nació el 27 de marzo de 1955, tal como se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía (folio 26), cumpliendo los 55 años el mismo día y mes del 2010 y los 57 en el año 2012, calendas para las cuales no contaba con el número de semanas mínimo para pensionarse pues en toda la vida cotizó al sistema solamente 297,71 semanas, según el reporte expedido por Colpensiones actualizado al 27 de enero de 2020 (folios 51 a 53) y que da cuenta que su último

⁴ Declarada la nulidad (expresión en literal d " con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994") mediante Sentencia del Consejo de Estado radicada N° 11001032500020100027900 de 2017.

⁵ Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

aporte lo fue para el enero del 2011 en el cual se reporta la novedad de retiro (folio 53), por lo que a la data que elevó la solicitud de indemnización sustitutiva -2 de abril de 2019, folios 4 a 9-, ya cumplía con los dos primeros requisitos establecidos.

Ahora, en lo que tiene que ver con la manifestación de la imposibilidad de continuar cotizando, se halla en la solicitud de reconocimiento de la prestación la declaración de tal situación (folio 9), además, se diligenció formato ante COLPENSIONES poniendo de presente igualmente esa circunstancia, según se advierte en el CD de folio 50 (expediente administrativo).

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala, que le asiste derecho a la actora al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto tal como lo estableció la Juez de primera instancia.

En lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001⁶, el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.

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

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.⁷

⁶ Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:

Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

(...)

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

⁷ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el día de su reclamo, pues pese a cumplir con los requisitos desde el año 2010 (edad de 55 años) solo dio a conocer su imposibilidad de continuar cotizando el 2 de abril de 2019 (folios 4 a 9), se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de **\$22.020.627,00⁸**. No obstante, como la suma fijada por la juez de primer grado fue indexada a la fecha de la sentencia – diciembre de 2020-, previo a establecer si hay lugar a modificar la cuantía ordenada se verificará si en autos resulta procedente dicha indexación.

Así, en lo atinente a la indexación solicitada, a la cual accedió la juzgadora inicial, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del

8

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1982	245	1,140	100,000	87,719	\$ 7.470,00	\$ 655.263,00	\$ 5.351.315,00
1985	160	1,960	100,000	51,020	\$ 17.790,00	\$ 907.653,00	\$ 4.840.816,00
1991	267	7,690	100,000	13,004	\$ 54.630,00	\$ 710.403,00	\$ 6.322.587,00
1992	32	9,740	100,000	10,267	\$ 70.260,00	\$ 721.355,00	\$ 769.445,00
2007	270	61,330	100,000	1,631	\$ 2.592.111,11	\$ 4.226.498,00	\$ 38.038.482,00
2008	360	64,820	100,000	1,543	\$ 2.725.000,00	\$ 4.203.949,00	\$ 50.447.388,00
2009	360	69,800	100,000	1,433	\$ 2.943.000,00	\$ 4.216.332,00	\$ 50.595.984,00
2010	360	71,200	100,000	1,404	\$ 3.060.000,00	\$ 4.297.753,00	\$ 51.573.036,00
2011	30	73,450	100,000	1,361	\$ 3.060.000,00	\$ 4.166.099,00	\$ 4.166.099,00
Total días	2084	Total devengado actualizado a				2019	\$ 212.105.152,0
Semanas Cotizadas S.C.	297,71	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 712.445,33
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					10,382%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2019	\$ 22.020.627,00

capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, no erró el Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la indemnización sustitutiva reclamada a favor de la demandante y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, por lo que procede la indexación de la indemnización hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada a la accionante.

Por lo anterior, hechos las operaciones aritméticas respectivas, se obtiene que el valor de la indemnización sustitutiva indexada a la fecha de la sentencia – diciembre de 2020- arroja un valor de **\$22.866.221⁹**, cifra que por resultar inferior a la dispuesta por la juez de primer grado (\$27.170.325), será modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 61)¹⁰, es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la indemnización sustitutiva, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo.

9

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1982	245	1,140	103,840	91,088	\$ 7.470,00	\$ 680.425,00	\$ 5.556.804,00
1985	160	1,960	103,840	52,980	\$ 17.790,00	\$ 942.507,00	\$ 5.026.704,00
1991	267	7,690	103,840	13,503	\$ 54.630,00	\$ 737.683,00	\$ 6.565.379,00
1992	32	9,740	103,840	10,661	\$ 70.260,00	\$ 749.055,00	\$ 798.992,00
2007	270	61,330	103,840	1,693	\$ 2.592.111,11	\$ 4.388.795,00	\$ 39.499.155,00
2008	360	64,820	103,840	1,602	\$ 2.725.000,00	\$ 4.365.381,00	\$ 52.384.572,00
2009	360	69,800	103,840	1,488	\$ 2.943.000,00	\$ 4.378.240,00	\$ 52.538.880,00
2010	360	71,200	103,840	1,458	\$ 3.060.000,00	\$ 4.462.787,00	\$ 53.553.444,00
2011	30	73,450	103,840	1,414	\$ 3.060.000,00	\$ 4.326.078,00	\$ 4.326.078,00
Total días	2084	Total devengado actualizado a				2020	\$ 220.250.008,0
Semanas Cotizadas S.C.	297,71	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 739.803,29
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					10,382%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2020	\$ 22.866.221,00

¹⁰ La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 7 de octubre de 2020 (folio 64).

Sobre el particular puede consultarse la sentencia SL4559 de 2019¹¹, reiterada en SL 5544 de 2019.

¹¹ “Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró una figura distinta, denominada devolución de saldos que opera cuando los afiliados no alcanzan a cotizar las semanas mínimas para la pensión de vejez, invalidez o para causar la de sobrevivientes, para en su lugar, disponer la entrega de la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar. En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión– porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva– porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.”

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter

Pues bien, agotada la competencia de instancia, surtido el grado jurisdiccional de consulta, se procede confirmar la modificar la sentencia de primer grado, únicamente en lo relativo al valor de la indemnización que deberá ser pagada a la demandante.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de indicar que el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión a favor de la demandante, debidamente indexada a diciembre de 2020 asciende a **\$22.866.221.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva.

pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

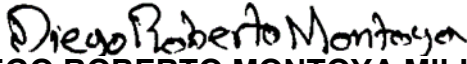
Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS JULIO PACHECO ZAPATA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A., trámite al que se vinculó a COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S. A. (SKANDIA) (RAD. 10 2017 00608 02).

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (folios 293 vto. y 294 a 296).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante (folios 297 a 299) y las demandadas PROTECCIÓN (folios 300 y 301) y COLPENSIONES (folios 289 a 292), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 7 de diciembre de 2020 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 282, récord 1:06:56, Acta folios 283 a 285), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación por falta de causa para pedir formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la excepción de cobro de lo no debido por la existencia de la obligación propuestas por parte de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y también propuesta por la demandada SKANDIA- OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y se **DECLARA** probada la excepción de falta de legitimación por pasiva a favor de COLFONDOS, en consecuencia se **ABSOLVERÁ** de las pretensiones de esta demanda a todas las demandadas y a las llamadas en Litis Consorcio Necesario por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:** Se **CONDENA** en COSTAS a la parte demandante señor CARLOS JULIO PACHECO ZAPATA a favor de las demandadas. Las COSTAS deberán ser tasadas por secretaría, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$600.000 pesos.*

***TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente providencia debe **SURTIRSE** el grado jurisdiccional de **CONSULTA** por ser adversa a las pretensiones del demandante.”*

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación señalando, ninguna de las demandadas, en especial PROTECCIÓN, logró demostrar que brindó información suficiente, amplia y oportuna al actor que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado de régimen.

De otro lado, recuerda lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia respecto a la inversión de la carga de la prueba y a la obligación de las demandadas de probar que entregaron información, precisando, esa Corporación nunca se ha referido a que el tránsito entre regímenes permite inferir el conocimiento que se tiene respecto del sistema pensional.

Adicionalmente, advierte, “*no se ataca la primera afiliación*” ni se menciona la vinculación a OLD MUTUAL y se omite información respecto a COLPATRIA porque lo que se está solicitando es la nulidad de la última, en razón a que “*él sí estaba afiliado a COLPENSIONES e hizo aportes entre el 4 de diciembre de 1997 hasta el 31 de marzo del 2001*” y aunque ello no se ve reflejado en el SIAFP lo cierto es que ING asegura que está afiliado por una multiafiliación lo que quiere decir “*que estaba afiliado a los dos regímenes*”.

En ese sentido, entiende, si entre 1997 y 2001 estuvo afiliado al régimen de prima media y luego se afilia al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de ING –hoy PROTECCIÓN- existió un traslado, siendo ese sobre el cual, insiste, se procura la nulidad no resultando relevantes, dice, las afiliaciones que tuvo en los otros fondos privados porque esos dineros ya fueron trasladados al seguro social y luego por este a PROTECCIÓN.

Refiere, “*las pretensiones de la demanda no estaban encaminadas a lograr la nulidad o la ineficacia del primer traslado, estaba encaminada a la nulidad o ineficacia del traslado que se hizo en el 2001 porque para ese momento estaba afiliado al ISS diferente es que ahora el ISS o Colpensiones haya dicho que esa afiliación no fue válida*”, porque en la realidad esos aportes si se hicieron a COLPENSIONES y fueron devueltos al RAIS y de una u otra manera existió afiliación tácita cuando ingresó a laborar a la Secretaría de Gobierno.

Por otra parte, señala, si lo que realmente ocurrió es que esa afiliación al ISS no fue válida, se debía tener en cuenta la primera afiliación a COLFONDOS, que si fue efectiva, anotando, tal vinculación fue mencionada en la demanda y por ende hizo parte del debate, sociedad que tampoco logró demostrar que en su momento le brindó información oportuna, clara, veraz y efectiva al actor sobre las ventajas o desventajas del traslado de régimen, por lo que tanto la afiliación a COLFONDOS como a SKANDIA deben entenderse ineficaces.

Finalmente, aduce, no es posible derivar el conocimiento del demandante a partir de su “*experiencia en los regímenes*”, porque la situación es que a este las

demandadas no le brindaron información como era su deber¹ (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 282, récord 1:08:43, acta folios 283 a 285).

¹ “Gracias señora juez me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de dictar, para que se surta ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral. Y sustento el recurso de la siguiente manera:

Lo primero que es de manifestarle al despacho y como sustento el recurso de apelación es que ninguna de las demandadas en especial Protección logró demostrar que brindó a mi representada al momento de su traslado al RAIS la información suficiente, amplia y oportuna que le permitiera conocer las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía dicho traslado de régimen, es decir como usted lo anotó hace un momento en la sentencia pues no brindaron, no hizo el parangón entre los dos regímenes, no le mencionaron características, consecuencias, beneficios, desventajas ni nada, es decir que la información que le dieron no fue ni completa ni suficiente, eso por un lado.

Por el otro lado como las misma CSJ lo ha dicho la carga de la prueba se invierte y en ese sentido era deber de ellos como lo dije hace un segundo probar que si entregaron la información, pero la Corte nunca hace referencia a que el tránsito entre regímenes como lo mencionó el despacho en su sentencia así concluir por si solo o per sé que el demandante tenía conocimiento de los aspectos de la pensión, es más pude tener conocimiento pero es que la posición de la obligación es brindarle la información, no que el señor lo sepa o no lo sepa, como usted lo deduce con todo respeto señora juez, como usted lo deduce porque usted no está diciendo que le brindaron la información y que por eso despacha desfavorablemente las pretensiones, usted lo que está diciendo es que cuando una persona hace tránsito por los dos regímenes quiere decir que tiene conocimiento de los aspectos relacionados con el régimen pensional y no es así de acuerdo con los postulados de la CSJ y en ese sentido solicito que se revoque la sentencia precisamente por eso y frente a los otros aspectos a los que usted hace referencia como por ejemplo que no se ataca la primera afiliación, ni se menciona la afiliación de Old Mutual y que se omite información respecto de Colpatria, es del caso precisar o hacerle ver al Tribunal que no se mencionó eso o no se atacó la primera afiliación al RAIS precisamente porque la que se está solicitando la nulidad es la segunda o la última ¿Por qué? Porque el sí estaba afiliado a Colpensiones e hizo aportes entre el 04 de diciembre del 1997 hasta el 31 de marzo del 2001 y tan es cierto que estaba afiliado a pesar de que el SIAFP que se aportó al informativo no lo contempla, tan es cierto que la misma demandada ING hoy Protección en el correo enviado al demandante 15 de abril del 2009 dice que está afiliado y que pues hay una multifiliación; y una multifiliación quiere decir que está afiliado en los dos regímenes, entonces si está afiliado al RPM y al estar afiliado al RPM para el año 1997-2001, cuando se afilia al RAIS a cargo de ING en su momento hoy Protección pues es ese traslado el que se solicita la nulidad o la ineficacia y ¿Por qué? Porque las primeras vinculaciones que tuvo a los fondos privados no resultan relevantes, porque esos dineros que existían en esas primeras afiliaciones fueron trasladados al último, o sea Colfondos y Pensionar hoy Skandia trasladaban al seguro social y el seguro social después traslado a ING hoy Protección, entonces las pretensiones de la demanda no estaban encaminadas a lograr la nulidad o la ineficacia del primer traslado, estaba encaminada a la nulidad o ineficacia del traslado que se hizo en el 2001 porque para ese momento estaba afiliado al ISS diferente es que ahora el ISS o Colpensiones haya dicho que esa afiliación no fue válida, o que en el año 2009 dijeran que había una multifiliación y porque se hicieron más aportes en el 2007 a ING, entonces correspondía a ING la afiliación, pero si existía la afiliación, existieron los aportes Colpensiones los recibió y hasta ahora se dice en el reporte que allegan en el expediente administrativo que fueran devueltos pero para el año 2017 cuando se presentó la demanda no aparecía la devolución de aportes, o sea que Colpensiones si recibió eso y pues de una u otra manera la afiliación tacita que existía cuando el demandante se vinculó a la secretaria de gobierno fue válida, entonces esa es la razón por la que se sacó la afiliación primera ni se mencionó lo de Colpatria y lo de Provenir y Old Mutual o Pensionar en su momento.

Ahora bien si realmente lo que sucede es que esa afiliación cuando mi representado estuvo en la secretaria de gobierno no fue valida y lo que se tenía que tener en cuenta era la primera afiliación a Colfondos pues esa afiliación si fue efectiva si la mencione en la demanda, no atacándola pero si fue mencionada y si fue mencionada pues obviamente estuvo dentro del debate y de hecho el despacho llamo como Litis Consorcio necesario a Colfondos que fue la primera ya Old Mutual que fue la segunda y de las dos tampoco se pudo demostrar o ninguna de las dos tampoco demostró que en su momento le brindaron información oportuna, veraz, clara y efectiva sobre las consecuencias, ventajas o desventajas del traslado de régimen y siendo ello así también se entiende ineficaz esos traslados, Si ¿Por qué? Porque es que se resuelve que la afiliación que tuvo o los aportes que tuvo entre 1997 - 2001 se perdieron pues porque definitivamente la afiliación no fue

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS JULIO PACHECO ZAPATA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 47 a 49) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 49 a 52), aspirando se declare que se afilió al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales en octubre de 1977, entidad a la cual realizó cotizaciones destinadas a cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte, a través de diferentes empleadores “hasta el mes de marzo de 2001”; que fue trasladado al régimen de ahorro individual a través de la AFP SANTANDER, luego denominada ING y hoy PROTECCIÓN, bajo engaño al ser inducido a error por el asesor de ese fondo privado y realizando cotizaciones desde el 1 de abril de 2001; que al momento de su traslado en abril de 2001, contaba con aproximadamente 202 semanas cotizadas al RPM y 196 a otras cajas de previsión; que con ocasión del traslado de régimen en abril de 2001 y debido a la falta de información clara y completa sobre los efectos de dicho traslado “perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables”; que PROTECCIÓN no cumplió con su obligación de entregar información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado al demandante, con lo cual le causó grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional. En consecuencia, se declare la nulidad de su traslado de régimen pensional del RPM al RAIS realizado en el mes de abril de 2001 y se disponga que por efectos de la misma las cosas

efectiva, pues la nulidad del traslado anterior es la que tiene que ser efectiva y fue mencionada y fue debatida en el proceso y al ser debatida dentro del proceso pues tenía vocación de prosperidad, eso por otro lado.

Y por último el tema del conocimiento que hace alusión el despacho frente al régimen pensional que mencionan que al estar en un régimen el RAIS y al estar en el RPM pues él tenía una experiencia, palabras textuales, tenía una experiencia en los regímenes y por eso no se logra entender por qué pasó de uno al otro y reitero que la situación del demandante es que no le brindaron la información como era obligación de las demandadas o de la demandada Protección o de las llamadas a integrar el contradictorio que fue Colfondos y Old Mutual.

De esa manera dejó sustentado el recurso de apelación ante el tribunal superior de Bogotá Sala Laboral para que proceda a revocar la sentencia emitida por el despacho y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.”

deben volver a su estado anterior, ordenando su retorno automático al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES, para lo cual PROTECCIÓN deberá devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, 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. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar, si bien la Corte Suprema de Justicia ha sido consistente frente al deber de información que incumbe a las administradoras de pensiones, no se podía desconocer que en este caso el demandante realizó más de un traslado entre regímenes, de allí que podía concluirse que si los conocía de acuerdo al tiempo que permaneció vinculado a cada uno de ellos y que no pudiera aceptarse una falta de información. Adicionalmente, adujo no existir prueba del traslado que el demandante aseguró haber realizado a COLFONDOS, no habiéndose pretendido nada frente a las demás administradoras.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 16 de marzo de

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

1955 (folio 3), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de mayo de 2009 (folio 43) y a ING – PENSIONES Y CESANTÍAS el 14 de agosto de 2009 (folio 39), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 54 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 225,57 semanas acumuladas entre tiempos públicos y privados (folios 71 a 72, 22 y 25) equivalentes a 4,32 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual refiere haber efectuado en marzo de 2001.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al

³ Para esa fecha, según las pruebas acopiadas, no se advierte vinculación alguna con ninguna entidad, ni se encontraba activo como cotizante en el ISS hoy COLPENSIONES.

tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

En ese orden, frente a lo primero, esto es la demostración del traslado de régimen, se advierte el demandante en su escrito introductor indica que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 26 de octubre de 1977 y realizó aportes a dicha entidad hasta el 19 de mayo de 1978; luego, sostiene, laboró entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de marzo de 1992 en diferentes entidades públicas cotizando a varias cajas de previsión social; el 1 de septiembre de 1994, asegura, fue afiliado a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, sociedad en la que cotizó hasta el 7 de febrero de 1997; el 4 de diciembre de 1997, cuando ingresó a laborar a la Secretaría de Gobierno, dice, se vinculó nuevamente al ISS, donde cotizó hasta el 30 de marzo de 2001, mes este último en el que se traslada a ING – hoy PROTECCIÓN S.A- administradora de pensiones en la que se encuentra actualmente afiliado (hechos 2 a 8, folio 49).

Dicho recuento fáctico permitiría inferir que pudieron ser tres los traslados entre regímenes realizados por el actor, a saber: i) del ISS a COLFONDOS en 1994, ii) de COLFONDOS al ISS en 1997 y iii) del ISS a ING hoy PROTECCIÓN en 2001. Es sobre este último traslado que el demandante edifica su demanda.

No obstante lo aseverado por el convocante del juicio, tales tránsitos del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y viceversa, conforme el material probatorio aportado en autos no se encuentran acreditados en esa forma, tal como pasa a exponerse.

Es claro que el demandante se encuentra actualmente afiliado a PROTECCIÓN S.A, con ocasión de la vinculación que realizara el 23 de marzo de 2001 a SANTANDER (hoy PROTECCIÓN), tal como se verifica del formulario de afiliación respectivo (folio 111), del reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (folio 124) y de la historia laboral emitida por esa sociedad administradora de fondos de pensiones (folios 112 a 123); sin embargo, no es posible establecer en autos, que con dicha afiliación, y tal como se asevera desde el libelo introductor, se haya efectuado un cambio de régimen pensional, dada la inexistencia en el plenario de elemento probatorio que dé cuenta que antes de esa fecha tuviera una afiliación válida al Instituto de Seguros Sociales, entidad encargada en esa época de administrar el régimen de prima media, menos aún que la misma se hubiera realizado el 4 de diciembre de 1997, no siendo suficiente lo consignado en el

certificado de información laboral suscrito por la Secretaría Distrital de Gobierno en la que hacen constar que realizaron aportes a favor del actor desde el 4 de diciembre de 1997 y hasta el 31 de marzo de 2001 en el ISS (folio 11) pues estos pudieron haberse realizado aun sin mediar la afiliación al sistema o la suscripción del formulario de afiliación respectivo por parte del demandante.

De hecho, el SIAFP (folio 191) muestra que antes de vincularse a ING el demandante estaba afiliado a HORIZONTE por traslado que realizara a COLPATRIA (que luego se fusionó con HORIZONTE) el 29 de diciembre de 1999, y antes de esa fecha, estaba afiliado a OLD MUTUAL por vinculación que hiciera el 3 de octubre de 1996. Tal legajo, acreditaría un traslado dentro del mismo régimen de ahorro individual pero no un tránsito entre regímenes.

En todo caso, lo allí consignado no guarda correspondencia con lo anotado en el formulario de afiliación suscrito por el demandante a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER (hoy PROTECCIÓN) (folio 111) pues aunque allí se marca con una “X” la casilla “*TRASLADO DE AFP*” se describe como entidad anterior “*COLFONDOS*”, última que ni siquiera se menciona en el SIAFP.

Adicionalmente, COLPENSIONES en certificación expedida el 14 de agosto de 2017 hace constar que:

*“Verificada la base de datos de afiliados, el señor (a) **CARLOS JULIO PACHECO ZAPATA** identificado (a) con cédula de ciudadanía número **19318755**, estuvo afiliado (a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES** y su estado es **ASIGNADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAI POR DECRETO 3995/2008***

INFORMACIÓN HISTORICA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES				
Novedad	Código Entidad	Entidad Definitiva	Fecha	MultivinculaciónDecreto (sic) 3995/2008
Vinculación Inicial	8	ING	3/10/1996	Afiliado con mayor número de cotizaciones entre 20070701 al 20071231 en el RAI

(...)

Asimismo, se avizora que mediante comunicación del 15 de abril de 2009 ING PENSIONES Y CESANTÍAS (folio 42) informa al demandante que se encontraba en situación de múltiple afiliación, la cual fue resuelta en los términos del Decreto 3995 de 2008 concluyéndose que estaba válidamente afiliado a esa AFP. Puntualmente dice la misiva:

“Actualmente usted se encuentra simultáneamente afiliado a los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, es decir que está afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el Seguro Social y al Régimen de Ahorro Individual a través del Fondo de Pensiones Obligatorias ING Pensiones y Cesantías.

Esto sucedió porque usted suscribió el formulario de afiliación al ISS y también el formulario de afiliación a ING Pensiones y Cesantías, sin cumplir con los tiempos de permanencia mínimos exigidos por ley.

(...)

Con base en lo establecido en el Decreto [3995 de 2008], se ha definido que su afiliación válida es la del Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ING Pensiones y Cesantías, en consideración a que entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007 usted cotizó 6 periodos en ING, por lo tanto, nos complace informarle que usted se encuentra válidamente afiliado a nuestro Fondo de Pensiones Obligatorias. (...) (Negrilla y subrayas de la Sala)

Memórese, lo pretendido al resolver casos de múltiple vinculación es definir a cuál de los dos regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993 el afiliado pertenece en realidad y de manera válida, dada la imposibilidad de estar vinculado simultáneamente a ambos. El efecto de tal situación, en los términos del artículo 17 del Decreto 692 de 1994⁵ “es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte”⁶, siendo precisamente esta la situación –no haber cumplido el periodo mínimo de permanencia- la que tuvo en cuenta el comité de multiafiliación al momento de definir cuál era la entidad a la que se encontraba válidamente afiliado el actor.

⁵ Artículo 17: **Múltiples vinculaciones.** Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. **Las demás vinculaciones no son válidas** y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

⁶ Sentencia SL4777-2019, reiterada en SL1377 de 2020.

En ese orden, habiéndose determinado que su afiliación válida era la efectuada al RAIS, al tenor del ya aludido artículo, debe concluirse que su vinculación al ISS no surtió efecto alguno. Por ello, aunque en los periodos 199801 a 200103 se realizaron cotizaciones a esa administradora, estos fueron trasladados a la AFP bajo la observación “*No vinculado Traslado RAI*” (folios 71 vto. y 72).

Y es que si se tomara en consideración la fecha en la cual el demandante asegura realizó la afiliación al ISS -4 de diciembre de 1997- y que, según el SIAFP (folio 191) antes de esa calenda se había afiliado el 3 de octubre de 1996 a OLD MUTUAL (antes PENSIONAR, folio 236 –formulario de afiliación-), evidente resulta que entre una y otra no se superó el periodo mínimo de permanencia que para la época era de tres años, según lo instituido en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y por ende que no fuera válida su afiliación al RPM y sí la realizada al régimen de ahorro individual en el 96, lo cual explicaría también lo certificado por Colpensiones en el documento atrás transcrito (folio 35).

Ahora, se quiso hacer ver en la demanda que la múltiple vinculación acaeció como consecuencia de la afiliación que solicitara el actor en el año 2009 al ISS (hecho 16, folio 51), situación que no se acompasa con la realidad pues la decisión de las administradoras fue comunicada al promotor del litigio en mes anterior –abril de 2009, folio 42- al diligenciamiento del formulario respectivo –mayo de 2009, folio 43- de hecho, según el folio 196, la solución de la multiafiliación acaeció el 16 de octubre de 2008, lo cual guarda correspondencia con lo dicho en los alegatos de conclusión presentados ante esta instancia por el apoderado judicial de la parte actora (folio 298 vto.), donde indicó: “*Con posterioridad a ello, en el año 2009 cuando le fue informado a mi mandante de su multiafiliación intentó afiliarse a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, pero resultó no procedente por cuanto le faltaban menos de 10 años para adquirir su derecho pensional*”.

Así pues, como se anunció, dada la pérdida de validez de su afiliación al ISS, en el examine no se encuentra acreditado el traslado de régimen que dijo el actor haber realizado en el año 2001 del RPM al RAIS, siendo este respecto del cual versan la totalidad de las pretensiones del libelo y que fueron ratificadas en la alzada, lo cual imposibilita a la Sala verificar el alegado incumplimiento del deber de información

por parte de la administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado actualmente, pues aunque se concluyera que, en efecto, dicha AFP omitió el cumplimiento de sus obligaciones legales y se declarara la ineficacia de su afiliación a esa administradora, como con ella transitó dentro del mismo RAI, habría de disponerse que sigue afiliado a ese régimen, pero en la administradora anterior.

Corolario de todo lo anterior, no puede la Sala más que concluir la improsperidad de las pretensiones incoadas desde el libelo introductor, ante una falencia probatoria del traslado de régimen cuya nulidad se depreca lo cual tiene la entidad suficiente para cercenar el éxito de las aspiraciones de la parte demandante, destacando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus aserciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Canelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

Valga aclarar, si se considera que el demandante reportó afiliación al Instituto de Seguros Sociales el 26 de octubre de 1977⁷, entidad a la que se encontraba afiliado al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, al tenor de lo previsto en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se entiende que continuó su afiliación a dicho instituto administrador del régimen de prima media, pues según esa misma disposición, para que ello sea así, no se requiere de comunicación a la entidad pensional o del diligenciamiento de formulario alguno en el que conste su inscripción a la misma, y en esa medida, habiéndose afiliado el actor a COLFONDOS el 1 de septiembre de 1994 (hecho indiscutido por esa sociedad -respuesta hecho 5, folio 260-) debe considerarse que en esa calenda se produjo su traslado de régimen pensional.

Al respecto, también es importante anotar aunque ninguno de los documentos que fueron aportados al plenario se refiere a esta última afiliación, existiendo ciertas inconsistencias en las afiliaciones que el demandante realizó dentro del régimen de ahorro individual pues según el SIAFP y lo certificado por COLPENSIONES la

⁷ Reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 14 de diciembre de 2017, expedido por COLPENSIONES, folios 71 y 72.

selección del RAI se efectuó en el año 1996, lo cual de hecho conllevó a la juzgadora de primer grado a concluir que NO se probó la afiliación a COLFONDOS, su verificación en el elenco probatorio se hace innecesaria dada la aceptación de la parte que intervino en dicho negocio jurídico.

No obstante encontrarse acreditado que el accionante se trasladó entre regímenes el 1 de septiembre de 1994, tal como ya se advirtió, no puede olvidarse que las pretensiones de la demanda se edificaron entorno a la afiliación que el actor hizo a ING PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PROTECCIÓN) y todos los hechos refieren al incumplimiento del deber de información por parte de PROTECCIÓN, sin mencionar ninguna otra administradora del RAIS, situación que imposibilita a la Sala adentrarse al estudio de un asunto que no hizo parte de la discusión planteada por el convocante del juicio, en tanto debe guardarse fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en la instancia, sin que pueda entonces, entrarse a controvertir, reestudiar o modificar aquellas circunstancias que no fueron discutidas por los interesados, máxime cuando la ineficacia del traslado que se afirma haberse hecho a COLFONDOS y con la cual se produjo el traslado de régimen pensional no hizo parte de la fijación del litigio, advirtiendo, la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las restantes actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso, para cuyo fin, el legislador se ha valido de instrumentos procesales, dentro de los que se encuentra la fijación del litigio, que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate.

No sobre agregar, las facultades ultra y extra petita previstas en el artículo 50⁸ del C.P.T y la S.S. están reservadas únicamente al juzgador de primer y única instancia, potestad que en los términos de dicha preceptiva contiene un carácter facultativo y discrecional y no obligatorio, a través del vocablo “podrá”. En ella se

⁸ “ART. 50 *Extra y ultrapetita*. El juez de (primera instancia) podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. (la frase entre paréntesis declarada inexecutable mediante sentencia C-662/98).

refleja la independencia de las decisiones de la justicia (art. 228 C.P.), y el principio según el cual los jueces en sus providencias “*solo están sometidos al imperio de la ley*” (art. 230 C.P.) y está sujeta a los siguientes requisitos: Si se refiere a la condena *extrapetita*, los hechos que originen la decisión del Juez deben: a) haber sido discutidos en el juicio, b) estar debidamente probados. Si trata de condena *ultra petita* se requiere: a) que aparezca que las sumas demandadas son inferiores a las que le corresponden al trabajador, y b) que no le hayan sido pagadas.

Bajo tal entendido, mal podría la Sala discutir las obligaciones profesionales de COLFONDOS de cara a un cambio de régimen y definir la nulidad o ineficacia de dicho traslado con fundamento en que tal entidad no demostró el cumplimiento de sus deberes, en especial, el de información, cuando sobre ese puntual aspecto no versó la demanda ni la decisión de primer grado, puntualizando, en esta última ni siquiera se encontró acreditado el traslado que hizo el demandante a COLFONDOS lo cual de hecho conllevó a dar por probada la excepción de falta de legitimación en la causa que esta propusiera y, además, para la juzgadora nada se había precisado sobre las afiliaciones anteriores al 2001 y si tuvo o no información en periodo anterior.

En consonancia con lo que viene de decirse habrá de confirmarse la sentencia de primer grado, **pero** por las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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,

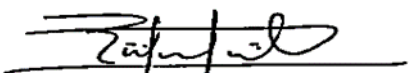
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

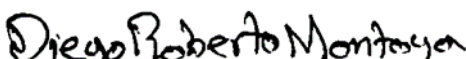
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$600.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL.**

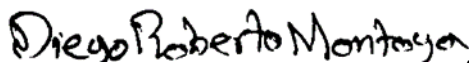
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MILCIADES IZQUIERDO CONTRA MYRIAM AIDEE VESGA VASQUEZ, MONICA FAJARDO VESGA y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- (RAD. 12 2018 00642 01).

Bogotá D.C., Diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 104 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante y Colpensiones (fls. 99 a 101, 103 y 104), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de diciembre de 2020 (Cd. fol. 93, record 17:54, acta a folio 94), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a MYRIAM AIDEE VESGA VÁSQUEZ y MÓNICA FAJARDO VESGA de todas y cada una de las suplicas de la demanda incoadas por el señor MILCIADES IZQUIERDO conforme a la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose el despacho de cualquier tipo de análisis adicional.
TERCERO: Sin condena en costas en la instancia.

CUARTO: En caso de no ser apelado el presente fallo súrtase grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal superior de Distrito Judicial de Bogotá.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpone recurso de apelación expresando el demandante desarrolló actividades como cuidador de dos parqueaderos que eran administrados por él a favor de las demandadas, lo cual en su sentir se extrae de la historia laboral que obra en el expediente donde se da cuenta de que la señora a Myriam Aidee Vesga Vásquez lo afilió en el año de 1989, brillando por su ausencia la novedad de retiro del sistema y con lo cual se entiende que la afiliación seguía activa, precisando existir bastante caudal probatorio que prueba que la relación laboral terminó el 30 de septiembre del 2017 pues todos los testigos así lo señalaron, siendo la fecha inicial la confesada a través de la relación laboral de Colpensiones (Cd. fol. 93, record: 18:56)¹

¹ “Gracias su señoría en este momento procesal esta parte se permite interponer recurso de apelación en contra de la decisión que fue proferida por su despacho con fundamento en lo siguiente:

Se encuentra plenamente probado al proceso, no obstante la decisión que se ataca que el señor Milciades Izquierdo desarrollo actividades como cuidador de dos parqueaderos que eran administrados por el a favor de aquí las demandadas y esto se extrae de la historia laboral que obra en el expediente y que fue aportada por esta parte donde se da cuenta de que la señora a Myriam Aidee Vesga Vásquez lo afilió en el año de 1989 el día 20 de abril como empleado dependiente, si bien es cierto hay unos periodos en los cuales la señora a Myriam Aidee Vesga Vásquez no cotizo a favor del demandante brilla por su ausencia la novedad de retiro que era obligación del empleador aplicar sobre la cotización del último periodo realizado que esto es según la historia laboral el día 31 de marzo de 1998, en ese orden de ideas si el empleador no emite la novedad de retiro se entiende que esta activa la afiliación y por lo tanto es obligación del empleador continuar cotizando a favor del trabajador, si bien es cierto el señor Milciades Izquierdo no cuenta con una sola prueba documental que dé cuenta de que el recibió por parte de la señora Myriam Aidee Vesga Vásquez y su hija Mónica Fajardo dineros correspondientes a la remuneración que el percibía, si hay en el proceso caudal probatorio suficiente para probar que la relación laboral termino con efectividad del día 30 de septiembre del año 2017 y esto tiene que ver con las declaraciones de los testigos Eduardo Hoyos, Laura Camila Zarate, Ricardo Hortua y el señor Norberto Medina los tres testigos porque el señor Hortua no preciso la fecha, el señor Eduardo Hoyos Botero en calidad de propietario del inmueble le afirma que le fue entregado a la inmobiliaria que maneja el arrendamiento el día 30 de septiembre y la señora Laura Camila Zarate también manifiesta en el mismo sentido que las fechas en la cual el inmueble fue entregado a su propietario para continuar prestando servicios, el señor Milciades a favor del señor Eduardo Hoyos Botero como administrador del parqueadero esa fecha es clara para el proceso. De la misma manera el señor Norberto Medina manifestó con claridad que ese día existió la entrega del inmueble y que se le prometió al señor demandante la liquidación de las obligaciones laborales que estaban pendientes por parte de las dos demandadas.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor MILCIADES IZQUIERDO, las pretensiones relacionadas a folios 1 a 3, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 y 4, encaminadas a que se declare que entre el actor y las demandadas Myriam

Así a pesar que el despacho dio por prueba o ausencia de prueba mejor, preciso, que no se había acreditado la finalización o el extremo temporal del vínculo laboral para efectos pensionales cita unas normas que podrían ser procedentes pero para el tema de la relación laboral si es necesario tener en cuenta por parte del Honorable Tribunal Superior de Bogotá que la fecha del inicio de la relación laboral esta confesada a través de la historia laboral de Colpensiones y la fecha final del contrato esta confesada, se advierte por parte del estrado judicial y se extrae de los testimonios que se han recaudado al proceso.

Mi representado es un hombre muy sencillo, es un hombre que prácticamente no tiene ninguna instrucción y en ese sentido el obligarlo a tener un soporte documental como una carta de terminación o un requerimiento escrito, acudir a la justicia ordinaria laboral, aun a la tutela, aun al ministerio del trabajo es una carga demasiado grande para una persona que escasamente sabe leer o escribir. Así las cosas no puede ser posible que dos personas vinculen laboralmente a una persona, a un trabajador, no le paguen sus acreencias laborales y la justicia ordinaria laboral pretenda que se le acredite por medio de documentos una situación jurídica que es clara, no hablo de que no exista una tarifa legal de prueba ni que mucho menos el juez no pueda obtener la apreciación directa de un medio probatorio que lo lleve al convencimiento claro de la existencia de un derecho pero es increíble que una persona que no tiene la forma de acreditar por medio de un documento la existencia de un vínculo laboral a la fecha se le vean disminuidas su posibilidad jurídica de obtener la satisfacción de sus derechos, nótese su señoría estoy hablando del juez que acaba de proferir sentencia y el honorable tribunal que la prueba clara de este proceso es testimonial porque las demandadas jamás emitieron un solo recibo cuidándose muy celosamente de establecer un vínculo documental con el hoy demandante y así están siendo favorecidas por la simpleza y la sencillez de una persona que trabajo treinta años, que nunca se le satisfago en debida forma su derechos y que hoy acude a la instancia laboral y que se manifiesta de una manera que no entiende esta apoderada que la ejecución de un vínculo laboral se debe probar a través de un documento porque las pruebas testimoniales no dan lugar a la existencia de este contrato.

En ese sentido su señoría solicito se revoque la decisión proferida que fue adversa a la totalidad de las pretensiones de la demanda y se condene a las personas demandadas esto es Myriam Aidee Vesga Vásquez y la señora Mónica Fajardo Vesga a cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de trabajo verbal que celebraron con el hoy demandante en las fechas en las cuales se encuentra probado el proceso fecha final el día 30 de septiembre del año 2017 y fecha inicial la que confiesa la historia laboral, reporte de semanas cotizadas donde se reitera no existe, ni se acredita la existencia de un retiro por parte de la empleadora y que en ese orden de ideas se entiende por parte del sistema de seguridad social existe una deuda a su cargo.

Frente a que el señor juez manifiesta que no existe ni siquiera registro de que Colpensiones, en ese caso en ese momento estamos hablando del año 1998 el ISS no hubiera registrado la existencia de una deuda a cargo de la señora Myriam Aidee Vesga Vásquez revisada la historia laboral si existen periodos por deuda presunta aplicados a la historia laboral del demandante y por lo tanto para los periodos noviembre y diciembre del año 1996 esto es dos años previos a la finalización de la cotización situación que determina que si existe alertas por parte del sistema de seguridad social que el empleador estaba incumpliendo y que no se inició ni se activó ningún tipo de control por parte de Colpensiones o en ese momento por el ISS para evitar que siguieran desapareciendo las cotizaciones a favor de mi representado quien a la fecha cuenta con más de 70 años y continua laborando para adquirir el medio de supervivencia. La cantidad de dinero que recibía mensualmente era un salario mínimo legal mensual vigente que eso también da cuenta la historia laboral porque se cotizaba sobre ese valor y por eso y en ese sentido solicito se revoque la decisión proferida y se condene a las demandadas a favor del demandante por todas las pretensiones de la demanda, en ese sentido sustento mi recurso de apelación, muchas gracias.”

Aidee Vesga Vásquez y Mónica Fajardo Vesga existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido que se ejecutó entre el 20 de abril de 1989 y el 30 de septiembre de 2017, en consecuencia se condene al pago de cesantías bajo el régimen tradicional (\$23.351.102), intereses a las cesantías, primas de servicios (\$2.273.148), vacaciones no disfrutadas ni compensadas (\$1.475.434), indemnización por la terminación del contrato de trabajo (\$28.104.562), indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas y pago de aportes al sistema de seguridad social dejados de cancelar. En relación con Colpensiones solicita sea condenada a liquidar, reconocer y pagar la pensión de vejez a la que tiene derecho por ser beneficiario del régimen de transición, junto con las mesadas de junio y diciembre, el retroactivo desde la fecha en que cumplió la edad y el tiempo de servicios, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable**, luego de considerar que el accionante no probó los extremos temporales alegados, precisando de la historia laboral no se extraen anotaciones de deuda presunta o de mora del empleador, como tampoco de las declaraciones de los testigos.

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

Razón por la cual precisa la Sala, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Inicialmente debe precisar la Sala que por no haber sido aceptados los hechos de la demanda y no constarle a la curadora *ad litem* que representa a las personas naturales demandadas y, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, aunado a que también se señala en la apelación la existencia de tal prestación en favor de las accionadas, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa

prueba de la misma, pues el Juez *a quo* no hizo referencia a ello y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y las señoras Myriam Aidee Vesga Vásquez y Mónica Fajardo Vesga, correspondiendo por tanto a ésta últimas desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

Así las cosas, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan las siguientes pruebas:

- Planillas de pago de aportes de enero de 1998, septiembre de 1997, mayo de 1997, enero de 1997, septiembre de 1996, octubre de 1997 y Formulario de vinculación al ISS del 21 de marzo de 1997, en donde aparece como la aportante la señora Myriam Vesga (fls. 13 a 20).
- Historia Laboral aportada por Colpensiones en medio magnético obrante a folio 88, la cual reporta cotizaciones del entre el 20 de abril de 1989 al 25 de febrero del 2001 y del 1° de junio de 1996 al 31 de marzo de 1998, efectuadas por VESGA VASQUEZ MYRIAM, misma que se aporta por el demandante a folio 10.

De igual forma se recaudó prueba testimonial de la cual se destaca la siguiente sinopsis:

PEDRO RICARDO HORTUA CONTRERAS³, quien informó que conoce al demandante, porque era quien lo recibía cuando guardaba su vehículo en un parqueadero ubicado en la Carrera 35 No. 17B 52, aproximadamente desde el año 2010, indicó que siempre vio al actor allí, no obstante no sabe quién le

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el *ad quem*, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

³ Cd. fol. 85, audio 2, record: 00:29

pagaba por su labor, como tampoco si las demandadas le daban órdenes a quienes solo vio 2 o 3 veces en tal lugar, expresando que el demandante nunca le comentó sobre su relación laboral, precisando que después del 2017 continuo viendo al actor en dicho parqueadero observando como único cambio unos arreglos locativos.

EDUARDO HOYOS BAQUERO⁴, afirmó ser el propietario del parqueadero ubicado en la Carrera 35 No. 17B 52 desde el año 2004, comentando conocer a la señora Myriam Vesga por ser la arrendataria de dicho inmueble, afirmando el demandante era el encargado del funcionamiento de dicho lugar, indicó que desde el año 1998 el testigo guardaba su vehículo en tal lugar y era un usuario diario, por lo que desde esa época conoce al accionante. Manifestó que la señora Myriam y su hija Mónica eran las empleadoras del demandante pues le daban instrucciones a éste, sin embargo desconoce quién fijaba las tarifas del parqueadero y “cree” que el actor les entregaba cuentas a las demandadas.

LAURA CAMILA ZARATE SUPELANO⁵, señaló ser hija de crianza del accionante, expresando éste cuidada el parqueadero que las demandadas tenían arrendado desde el año 1989, señaló que el salario de su padre era el mínimo y que vivían en dicho inmueble, no cancelaban canon de arrendamiento pero si los servicios públicos, aseguró que las demandadas iban todos los días y que el actor les entregaba cuentas, finalmente adujo que el contrato de trabajo terminó en el año 2017 de manera verbal y que no le cancelaron prestaciones sociales a su padre.

NORBERTO MEDINA⁶, adujo ser la pareja sentimental de una de las hijas del accionante por lo que lo conoce desde el 31 de octubre del año 2009, comentando que las señoras Mónica y Myriam son las empleadoras del actor desde hace 28 o 30 años, lo cual sabe porque así se lo ha dicho su suegro, declaró que las demandadas iban todos los días al parqueadero a mirar las boletas de los carros y de las motos y que el contrato se terminó en septiembre del 2017.

⁴ Cd. fol. 85, audio 2, record: 19:39

⁵ Cd. fol. 93, record: 6:36

⁶ Cd. fol. 93, record: 26:05

Pues bien, una vez analizado en su conjunto el acervo probatorio vertido al plenario de entrada debe señalar esta Sala, la inexistencia de los elementos de un contrato de trabajo respecto de las personas naturales accionadas en los términos solicitados por el actor, pues ni siquiera se logra probar la prestación personal del servicio, a efectos de aplicar la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., dado que si bien de los medios probatorios reseñados, puede colegirse que efectivamente el actor prestó servicios en un parqueadero, no puede concluirse que dicha actividad se realizara en favor de las demandadas MYRIAM AIDEE VESGA VASQUEZ, MONICA FAJARDO VESGA, pues, las declaraciones de los testigos son precarias en este punto, por las siguientes razones que pasan a exponerse.

El señor Pedro Hortua como usuario del parqueadero ni tan siquiera conoce de relación laboral alguna del actor con las demandadas, Eduardo Hoyos pese a ser el propietario del inmueble desde el año 2004 y afirmar que las accionadas fueron las empleadoras del actor, no explica las razones de sus dichos ni narra circunstancias de tiempo, modo y lugar que den lugar a entender que en efecto el promotor del litigio prestaba sus servicios para Myriam Vesga y Mónica Fajardo, incluso supone que las cuentas del lugar eran entregadas a estas, es decir, no tiene certeza sobre lo declarado. En cuanto a las declaraciones de la hija de crianza del señor Milciades Izquierdo, por su lazo de familiaridad, se tiene que fueron parcializadas y con ánimo de favorecer al actor, pues sus manifestaciones se basaron en la reiteración de los hechos de la demanda y de todas formas sus dichos no encuentran respaldo en otras pruebas que generen para esta Corporación convicción y veracidad sobre lo relatado y finalmente el señor Norberto Medina se puede catalogar como un testigo de oídas pues sus declaraciones se basan en lo comentado por el propio demandante, y además tampoco expresó las razones de porque conoce que las demandadas eran las empleadoras de su suegro desde el 31 de octubre del 2009 (cuando indicó haber conocido al accionante), ni narró circunstancias que permitan advertir que éste conoció sobre lo declarado, limitándose a expresar que el vínculo contractual del actor terminó en el año 2017 conforme se solicita en el libelo.

Por ende para esta Sala de decisión, la prueba testimonial practicada, no da certeza alguna a esta Sala de decisión sobre la prestación del servicio del señor Milciades Izquierdo a favor de las demandadas, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Ahora y en lo que tiene que ver con el reporte de semanas cotizadas aportado por la parte actora y ratificado con el allegado por Colpensiones, en el que constan algunas cotizaciones efectuadas por MYRIAM AIDEE VESGA a favor del demandante entre el 20 de abril de 1989 al 25 de febrero del 2001 y del 1° de junio de 1996 al 31 de marzo de 1998, es importante anotar, el mismo no resulta suficiente para acreditar la prestación personal del servicio del actor a favor de las personas naturales traídas a juicio, debido a que tal documento por sí solo no da cuenta certera de esta circunstancia. Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, en la cual indicó:

«[...]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)».

Nótese además que ninguno de los deponentes expresó haber conocido al actor en las fechas referidas en la historia laboral, tan solo su hija de crianza a la cual por las razones dicha esta Sala de decisión no le da credibilidad.

Así las cosas, es claro que el actor debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor de las demandadas necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente a las encartadas, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del

servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, pues como ya se advirtió de las pruebas si bien puede colegirse que el actor prestó sus servicios en el parqueadero ubicado en la carrera 35 # 17B -52 no se acreditó, de manera alguna que entre las demandadas y dicho inmueble existiera un vínculo en virtud del cual pudiera colegirse que las demandadas actuaran como propietarias o como lo dijo el testigo Eduardo Hoyos arrendatarias a efectos de que las pretensiones lograran hallar vocación de prosperidad.

Así las cosas, en consideración de la Sala, no existe evidencia suficiente que permita inferir la configuración de un contrato de trabajo, entre el demandante MILCIADES IZQUIERDO y las demandadas MYRIAM AIDEE VESGA VASQUEZ, MONICA FAJARDO VESGA, en los términos aducidos en el libelo, lo cual conlleva de manera obligada a confirmar la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

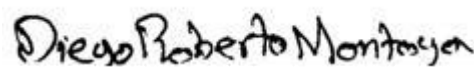
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

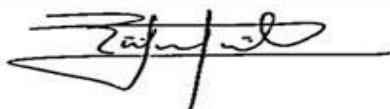
R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

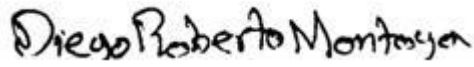

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN





RAFAEL MORENO VARGAS DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

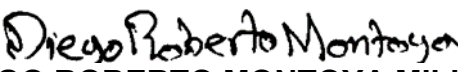
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA RODRIGUEZ
PACHÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (RAD. 13
2019 00557 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (folios 138 vto. y 139 a 148).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandante (folios 150 a 155) y la demandada COLPENSIONES (folios 134 a 138), mediante correos electrónicos del 24 de febrero y 1 de marzo de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia

proferida por la Juez Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de enero de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 130, récord 1:07:00, acta de audiencia folios 128 y 129), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la señora CLARA RODRÍGUEZ PACHÓN del régimen de prima media al RAIS a través de la AFP COLFONDOS el 30 de julio de 1998 por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES la totalidad del Capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones a cargo de sus propias utilidades, además si así lo tuviere al bono pensional por lo expuesto precedentemente

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora y recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante conforme a lo antes expuesto.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en ***COSTAS*** a la demandada COLFONDOS S.A incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte actora

SEPTIMO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante. Remítase el proceso a Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CLARA RODRÍGUEZ PACHÓN en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 5 a 7), aspirando principalmente se declare la “nulidad por ineficacia” de la afiliación y el traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la omisión de COLFONDOS

PENSIONES Y CESANTÍAS del deber de información; se declare que el traslado de régimen de pensiones obedeció a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena en su contra; que su afiliación al régimen de prima media administrada por el otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES en virtud de la nulidad del traslado permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales. En consecuencia, se ordene el “*traslado y la afiliación*” a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media con prestación definida, inscribiéndola sin solución de continuidad como si nunca se hubiera ido del mismo. Además, se disponga a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes rendimientos, no pensional, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración y demás dineros aportados durante el tiempo que permaneció afiliada al RAIS. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones a cargo de sus propias utilidades y el bono pensional si tuviere derecho a ello. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que:

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 9 de octubre de 1961 (CD folio 86²), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 21 de junio de 2019 (folios 21 a 22 y 28 a 29), esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 57 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 371.74 semanas de cotización (reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por COLPENSIONES, folio 26 y CD folio 86) equivalentes a 7.22 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **6 de julio de 1998** (folio 33) específicamente conforme al formulario de afiliación a COLFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las

“Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

² El documento fue impreso para mayor claridad y se avizora a folio 157.

³ Era trabajador del sector privado.

modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la parte actora⁵ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que el asesor de COLFONDOS le refirió que era mejor cambiarse del ISS porque esa entidad no iba a poder cumplir con las obligaciones pensionales adquiridas, además de que el fondo privado garantizaría una mejor rentabilidad. Adicionalmente respondió negativamente cuándo se le cuestionó si se le había informado sobre los requisitos para pensionarse, la posibilidad de hacer aportes voluntarios o sobre el bono pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (folio 33), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que,

⁵ Audiencia realizada el 19 de enero de 2021, Cd folio 130, récord 16:44.

tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (6 de julio de 1998, folio 33), el deber de información para con la promotra del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la promotora del litigio, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un

régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración y las comisiones surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (folio 76), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

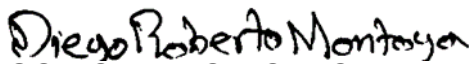
RESUELVE

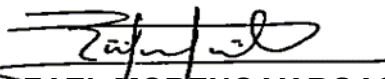
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda por COLPENSIONES mediante auto del 4 de diciembre de 2019 (folio 88)

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA ELENA VILLANUEVA HERRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 14 2018 00688 01)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SAMIRA DEL PILAR ALARCON NORATO como apoderada sustituta de la demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CARMEN LILIANA ESTRADA RODRÍGUEZ (folio 252).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante, Porvenir y Colpensiones (fls. 253, 254, 256 a 260 y 262), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de diciembre del

2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd fl. 242, récord 27:03, acta de audiencia folios 243 y 244), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del acto del traslado que hizo la demandante señora CLARA HELENA VILLANUEVA HERRERA del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos señalando como consecuencia del tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima media administrado en la actualidad por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A. donde se encuentra vinculada actualmente la señora VILLANUEVA HERRERA a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro a Colpensiones incluyendo todos los rendimientos financieros.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio

CUARTO: CONDENAR en COSTAS de la acción a la parte demandada Colfondos S.A.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando no compartir la condena impartida de trasladar los gastos de administración junto con los rendimientos financieros, toda vez que esto va en contra del ordenamiento jurídico, aduciendo que se pretende que a este proceso se traigan pruebas documentales que no existían, pues la ley solo exigía como lo establece el Decreto 663 y el Decreto 714 como único requisito *sine cua non* el formulario de afiliación, resaltando que el efecto que se le está dando a esta declaratoria de ineficacia también va en contra del ordenamiento jurídico, precisando la Corte Constitucional ha indicado qué es la ineficacia en sentido estricto y que opera en dos sentidos en un sentido amplio y en un sentido estricto, advirtiéndole que observando las normas del deber de información en ninguna parte de estas se establece que la omisión del deber de información trae como consecuencia jurídica la ineficacia en sentido estricto, pues aduce la consecuencia de retrotraer las cosas a su estado natural son las consecuencias propias de las nulidades relativas o absolutas y en eso se usa como base el artículo 1746 del Código Civil entonces en ese orden de ideas no sería retrotraer las cosas a su estado natural y en esa medida ningún fundamento jurídico existiría para obligarla a trasladar los gastos de administración.

Señala que con tal determinación se está propendiendo por un enriquecimiento sin causa y se está afectando el principio de inescindibilidad de las normas porque el artículo 1746 del Código Civil habla de restituciones mutuas ya que las cosas

vuelven a su estado natural y cada parte es responsable de la pérdida de los frutos e intereses, por tanto era la demandante la responsable de la pérdida de los intereses financieros porque no hay ninguna causación que dé cuenta de que estos ejercicios financieros pasen al patrimonio de la actora en el fondo de prima media, estableciéndose ello como un enriquecimiento sin causa, reiterando los gastos de administración no son susceptibles de restituciones y tampoco existe un fundamento de ordenamiento legal que establezca la restitución

Por otro lado, pidió se declare la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración, por no pertenecer estos conceptos a los afiliados y no contribuir al financiamiento de la pensión de vejez, solicitando se revoque de manera parcial la sentencia de primer grado y se absuelva de la condena que se impartió (Cd. fl. 242 , récord 28:38)¹.

¹ “Muchas gracias señora juez siendo la oportunidad pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir por el despacho , no sin antes manifestar el respeto que se tiene por las decisiones judiciales y por el despacho propiamente. Señores magistrados sea lo primero manifestar que argumento mi recurso de apelación en el siguiente reparo en concreto: No se comparte la condena impartida a mi representada Porvenir de trasladar los gastos de administración junto con los rendimientos financieros, toda vez que esto va en contra del ordenamiento jurídico y esta situación la argumento bajo el siguiente aspecto:

Que sea lo primero manifestar que apartándose de todo fundamento de carácter normativo y olvidando el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia se utiliza como argumentos principales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que más allá de una jurisprudencia de carácter jurídica es una jurisprudencia de carácter conveniente, toda vez que atenta contra el principio de inescindibilidad de las normas y el principio de confianza legítima toda vez que se está poniendo cargas probatorias que para el año en el cual se hizo el traslado a Colfondos pues no existían, se pretenden que a este proceso traigan un montón de pruebas documentales que no existían y que además de esto la ley solo exigía como lo establece el decreto 663 y el decreto 714 como único requisito sine qua non el formulario de afiliación, sin embargo obviando esto y desconociéndolo el ordenamiento jurídico taxativo que hay la Corte Suprema de Justicia pues establece que el formulario de afiliación no tiene ninguna validez y en ese orden de ideas también la parte motiva de la sentencia, siendo un seguimiento ciego a este tipo de jurisprudencia, pues establecen esta normativa, sin embargo es importante resaltar que el efecto que se le está dando a esta declaratoria de ineficacia también va en contra del ordenamiento jurídico, en ese orden de ideas es importante resaltar señores Magistrados que la Corte Constitucional nos ha enseñado que es la ineficacia en sentido estricto y es que la ineficacia opera en dos sentidos en un sentido amplio y en un sentido estricto, sobre la ineficacia en sentido estricto la Corte ha dicho lo siguiente “La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que el acto no ha de producir efectos en alguna naturaleza”.

En ese orden de ideas debemos recurrir a la norma que taxativamente trae la ineficacia en sentido estricto y una vez haciendo un planeo y haciendo una observación en las normas del deber de información en ninguna parte de estas normas se establece que la omisión del deber de información trae como consecuencia jurídica la ineficacia en sentido estricto, y entonces la corte suprema de justicia a través de un malabar jurídico va al artículo 271 que habla de acciones de fuerza y dolo y establece esta ineficacia en sentido estricto, sin embargo insisto se le da una consecuencia jurídica diferente, en ese sentido este artículo dice lo siguiente “La afiliación respectiva quedara sin efecto-la ineficacia en sentido estricto- y podrá volver a realizarse de manera libre y voluntaria por parte del trabajador” no dice que retrotrae las cosas a su estado natural, pues la consecuencia de retrotraer las cosas a su estado natural son las consecuencias propias de las nulidades relativas o absolutas y en eso se usa como base el 1746, entonces en ese orden de ideas no es retrotraer las cosas a su estado natural ¿Cuál es el argumento jurídico? ¿Cuál es el piso jurídico? para obligar a mi representada a trasladar los gastos de administración porque estos nunca debieron estar en el RAIS porque la hoy demandante nunca estuvo en el RAIS pero a renglón seguido señores magistrados y contradiciendo esta declaratoria se le ordena a mi representada a restituir los rendimientos financieros pese a que: Primero no estuvo nunca en el RAIS y el RPM no genera ejercicios financieros ¿Entonces cuál es la acusación de estos

COLPENSIONES por su parte señaló no estar de acuerdo con la decisión, argumentando la demandante se encuentra válidamente afiliada en el RAIS y más cuando ratificó su voluntad con los traslados horizontales realizados entre administradoras de dicho régimen, señalando dentro del trámite probatorio no se demostró que se haya presentado algún vicio en el consentimiento para el momento en que la señora Clara Helena Villanueva decidió realizar su traslado de régimen pensional, por ello quedo debidamente acreditado que su Afiliación a la AFP Colfondos y posteriormente a la AFP Porvenir donde se encuentra actualmente vinculada fue libre y voluntaria, solicitando la revocatoria de la sentencia. (Cd. fl. 242, récord 28:38)².

ejercicios financieros? Entonces se está propendiendo por un enriquecimiento sin causa y se estas propendiendo por afectar el principio de inescindibilidad de las normas porque a un efecto, además de eso el artículo 1746 del Código Civil habla de restituciones mutuas porque las cosas vuelven a su estado natural y cada parte es responsable de la pérdida de los frutos, intereses todo esto y por tanto era la hoy demandante responsable de la pérdida de los intereses financieros porque no hay ninguna causación que dé cuenta de que estos ejercicios financieros pasen al patrimonio de la hoy demandante en el fondo de prima media propiamente y esto es lo que se establece como un enriquecimiento sin causa, pues esta situación se está viendo con un doble rasero por un parte a mi representada se le obliga a trasladar los gastos de administración porque nunca estuvo en el RAIS pero a renglón seguido se le trasladan los ejercicios financieros como si hubiera estado en el régimen de transición, entonces es el punto señores magistrados donde uno no comprende estas decisiones de si es una cosa o la otra, recordemos que el principio de la lógica establece que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y esto también aplica para los principios generales del derecho.

Es importante también resaltar que la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil que sin lugar a duda es la más expedita para los siguientes casos ha establecido que las obligaciones de tracto sucesivo es decir esas que se cumplen de manera periódica en el tiempo como los gastos de administración no son susceptibles de restituciones y por tanto tampoco existe un fundamento de ordenamiento legal que establezca la restitución, sobre la excepción de prescripción es importante resaltar que si se sigue con esa idea y esa teoría que en una ineficacia en sentido estricto que se le dé un efecto de una nulidad y que pese a la nulidad se habla de restituciones mutuas se obligue una restitución unilateral la prescripción si es llamada a prosperar porque estos dineros a los cuales ha sido condenada mi representada Porvenir a trasladar como son los gastos de administración no son dineros destinados ni en el RAIS ni en el RPM a las pensiones de los hoy demandantes y por tanto no revisten la protección del artículo 48 de imprescriptibilidad y funcionan exactamente igual que los emolumentos económicos de las mesadas pensionales que si prescriben, en ese sentido y dando esta lógica y dando el principio de seguridad jurídica que se establece en la parte jurídica de esta sentencia que se debió declarar por lo menos la prescripción treintañal sobre los valores de los gastos de administración al ser emolumentos netamente económicos y no ser hechos o situaciones jurídicas en esa teoría que ha establecido la Corte sobre la prescripción.

En ese orden de ideas señores magistrados y con el debido respeto solicito se revoque de manera parcial la sentencia establecida en esta audiencia y se absuelva a mi representada de la condena que se impartió en concreto, muchas gracias señora juez.

² “Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante señora Clara Helena Villanueva, en ese sentido le solicito a los Honorables magistrados la revocatoria de la misma, absolver a Colpensiones de cualquier condena u orden u obligación de hacer que se haya impuesto en la misma bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar sin tener en cuenta las especificidades del caso el juez de primera instancia tomo la decisión de invertir la carga de la prueba declarando que la AFP demandada no demostró que la asesoría brindada a la señora Clara Helena Villanueva frente a las características del RAIS fuere completa, clara y transparente, sin embargo se le pone de presente a los honorables magistrados que tal decisión tomada al momento de proferir sentencia desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia sobre la inversión de la carga de la prueba en especial la sentencia T-422 de 2011. Todo lo anterior se reitera como se señaló en los alegatos de conclusión presentados en su oportunidad, la CSJ dispuso que en casos ha de tomarse la exactitud

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CLARA ELENA VILLANUEVA HERRERA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 41 y 42) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 38 a 40), aspirando se declare la nulidad e ineficacia del traslado de la afiliación con COLFONDOS S.A., en consecuencia se ordene el traslado a Colpensiones junto con todos los aportes, rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene la AFP PORVENIR, así mismo se active su afiliación en el régimen de prima media, como también se disponga a Colpensiones reconocer la pensión de vejez de conformidad con los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 una vez se encuentren acreditados los requisitos, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLPENSIONES, disponiendo a PORVENIR como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual incluyendo todos los rendimientos financieros. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.**

de los afiliados como un verdadero entendimiento de las características de RAIS siendo en el caso que la demandante actualmente se encuentra válidamente afiliada en el RAIS, denotando de esta circunstancias su aceptación y ratificación de las características de dicho régimen máxime cuando realizo traslados horizontales entre administradoras de dicho régimen. En este punto deberá revocarse en su integridad la sentencia en razón que dentro del trámite probatorio no se demostró que se haya presentado algún vicio en el consentimiento al momento que la señora Clara Helena Villanueva decidió realizar su traslado de régimen pensional, por ello quedo debidamente acreditado que su Afiliación a la AFP Colfondos y posteriormente a la AFP Porvenir donde se encuentra actualmente fue libre y voluntaria. Por otro lado al evidenciarse la edad de la demandante se tiene que su verdadera intención es que Colpensiones reconozca una pensión de vejez sobre cotizaciones que no realizo al no permanecer afiliada al RPM por más de veinte años . En ese sentido dejo sentado mi recurso de apelación solicitando a los Honorables magistrados la revocatoria de la sentencia, gracias.”

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 28 de julio de 1965 (folio 2), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 9 de junio del 2017 (conforme se extrae de la rta dada por tal entidad a folio 16), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 51 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios al sector público por espacio de 4 años, 8 meses y 14 días (ver Certificado de Información Laboral folio 10), tiempo durante el cual de manera simultánea cotizo 14.71 semanas en el ISS del 30 de mayo al 9 de septiembre de 1991 (ver fl. 85 Historia Laboral válida para bono pensional), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁴ Trabajaba en el Hospital el Carmen II Nivel conforme certificado de folio 10, donde se indica que para dicha entidad entro en vigencia el SGP el 30 de junio de 1995.

proceso, acaeció el **6 de octubre de 1995** (folios 84 y 119) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la pretoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo

opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...)

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor de COLFONDOS le dijo que el ISS se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado y que podía acceder al dinero ahorrado sin problema.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (folio 119), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues

⁷ Audiencia del 10 de febrero de 2021, récord 18:23.

la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 100 y 101, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (6 de octubre de 1995, folio 119), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver historial vinculaciones fl. 84) ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

Por otro lado, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (certificación folio 81), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos incluidos los gastos de administración (si bien en la parte resolutive no se señalaron expresamente sin fueron objeto de consideración por la *a quo* en la parte motiva de la providencia), y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además y en punto a la apelación de PORVENIR, se advierte, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora

en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 140), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 13 de noviembre de 2019 (folio 147)

prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negritas y subrayas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, se agota la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, razones por las cuales de acuerdo a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SONIA YOLANDA LUGO ABRIL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 14 2018 00738 01)¹.

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES mediante correos electrónicos del 26 de febrero y 8 de marzo de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 10 de febrero de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 59:43, acta de audiencia expediente digital archivo 008), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado que de régimen pensional realizó la demandante SONIA YOLANDA LUGO ABRIL del régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

¹ El presente proceso fue asignado al conocimiento en primera instancia del Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de afiliación de la actora como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con frutos, intereses y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a Provenir S.A a reintegrar a Colpensiones y de su propio patrimonio los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora incluidos gastos de administración, primas de seguros y comisiones.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al régimen sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme a los dineros que le sean trasladados por PORVENIR S.A

QUINTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos de mérito propuestos por las demandadas

SEXTO: COSTAS a de Porvenir S.A a favor de la demandante se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 SMMLV

SEPTIMO: CONSULTAR esta sentencia con el superior funcional Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primer grado y en su lugar la absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra.

En sustento de ello, adujo, se equivoca el juzgado al declarar la ineficacia del traslado con asidero un una falta de información cuando de conformidad con la Circular 019 de 1998 expedida por la Superintendencia Financiera, no era obligatorio para la administradora de pensiones brindar la misma, siendo la única exigencia el diligenciamiento del formulario de afiliación para tener como válido el tránsito de régimen, como en efecto, dice, aquí ocurrió.

Por otra parte, aseveró, no resulta tampoco razonable deducir que la ineficacia del traslado se produjo por falta de consentimiento o vicios en el mismo, pues PORVENIR le “*informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales*” según se aprecia del formulario de afiliación. Adicionalmente, dijo, en el asunto operó la ratificación tácita en razón a los aportes que se realizaron al RAIS.

Asimismo, señaló, no es posible obligarla a aportar documentos que para la fecha del traslado no eran obligatorios y que solo vinieron a ser exigibles con la

introducción de la Ley 1478 de 2014, precisando, la asesoría se dio al afiliado de forma verbal.

De otro lado, aseguró no ser posible condenarla a reintegrar los gastos de administración en razón a que estos no forman parte integrante de la pensión y están sujetos a prescripción, resaltando, la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020 *“indicó en forma expresa que en los eventos que sucediera la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de prima de seguro”*. Además, puntualizó, disponer el retorno de los gastos de administración constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, más aun cuando, en su criterio, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 es claro en indicar los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen.

Finalmente, pidió se declare la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y cualquier suma diferente al capital de la cuenta con los rendimientos por no pertenecer estos conceptos a los afiliados y no contribuir al financiamiento de la pensión de vejez² (Audiencia virtual concentrada

² *“Muchísimas gracias su señoría siendo esta la oportunidad pertinente para presentar recurso de apelación solicito respetuosamente el Tribunal Superior de Bogotá que revoque en todas las partes la sentencia proferida y que absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda en segunda instancia con base en las siguientes razones:*

La primera es que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado en base (sic) a falta de información cuando no le era obligatorio a mi representada brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la circular número 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo materializado sino valido el traslado de régimen pensional que el afiliado expresar su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes que había para el particular tal como ocurrió en el presente asunto de manera que mi representada cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora en el RAIS administrado por mi representada ha sido una decisión libre y voluntaria e informada y que se ha ratificado con el tiempo.

Tampoco es razonable deducir que la ineficacia del traslado se da por falta de consentimiento por vicios en el mismo, toda vez que provenir brindo a la demandante una asesoría oportuna donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales tal y como se aprecia en el formulario suscrito por la demandante, así las cosas en el presente caso se da el fenómeno establecido también en el artículo 1752 y siguientes del código civil relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tacita la cual opera de manera automática teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes en el RAIS por todo el tiempo que estuvo afiliado, sin lugar a duda en caso de haber existido un vicio del consentimiento la misma demandante lo ratifico con su actuar, demostrando así su deseo de permanecer en el RAIS.

De otro lado no podemos aducir que mi representada hubiese faltado a su deber de información obligándola a aportar documentos que para la fecha del traslado no le eran obligatorios como lo estableció la ley 1328 del 2009 y la 797 del 2003 pues bastaba con la información verbal que no tenía ninguna obligación soportada en documentos por lo que la ley 1748 del 2014 que entra en vigencia el 26 de diciembre del mismo año si establece la obligación de soportar la asesoría con documentos tales como la simulación pensional lo que

artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:01:18, acta de audiencia expediente digital archivo 008),

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante SONIA YOLANDA LUGO ABRIL en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 53 y 54) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 51 a 53), aspirando se declare la nulidad de su afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 12 de abril de 1999, por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a tenerla como afiliada cotizante y a PORVENIR, liberarla de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

aduce su señoría es que sin lugar a duda para el momento del traslado mi representada no estaba en la obligación de soportar la asesoría con documentos y por ello pues que a la fecha no existe documento alguno que pueda soportar la veracidad de los hechos ni de la información dada sobre la asesoría que se le brindó a la demandada, teniendo en cuenta que la misma se dio de manera verbal y pues ateniéndonos a que nadie está obligado a lo imposible.

Por otro lado no es factible de condenar a los gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993 también en el RPM se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez, sobrevivientes y de vejez dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión por ello están sujetos a la prescripción, además necesario a ello se debe resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero del 2020 indicó en forma expresa que en los eventos que sucediera la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de prima de seguro de igual manera merece atención el hecho que al ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones se configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida que no existe norma que disponga tal devolución pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes el artículo 13 el literal b de la ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen esto es el saldo de la cuenta individual, incluidos sus rendimientos lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado en contraprestación de la gestión que adelanto para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

Finalmente deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro o cualquier suma diferente al capital de la cuenta individual de la afiliada o los rendimientos financieros por cuanto no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales y no financian la prestación de vejez no puede predicarse su imprescriptibilidad característica que goza el derecho pensional y por ende están sujetos al fenómeno previsto.

De manera que considero que los supuestos por los cuales se condena a mi representada no se encuentran acreditados y en consecuencia solicito que se absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a mi representada y se revoque así mismo esta sentencia, muchísimas gracias."

todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado a COLPENSIONES. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con frutos, intereses y rendimientos, además, reintegrar con cargo a su propio patrimonio los deterioros sufridos por los recursos incluidos gastos de administración, primas de seguros y comisiones. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 11 de abril de 1959 (folio 4), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 15 de noviembre de 2018 (folios 6 – 7 y 14-15) esto es, cuando contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

-tenía 57 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 0 semanas cotizadas (historia laboral expedida por COLPENSIONES, expediente digital) y había prestado sus servicios al sector público por espacio de 6.56 años (entre el Fondo Nacional del Ahorro y el Hospital de Kennedy – folio 23, historia válida para bono pensional), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **12 de abril de 1999** (folios 43, 86 y 88) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

⁴ Trabajaba en el Hospital Kennedy Primer Nivel E.S.E.

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el

“RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo

335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor de PORVENIR le dijo que el ISS se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado, que podría pensionarse cuando quisiera, sus hijos podrían acceder a la pensión sin restricción y que podía acceder al dinero ahorrado sin problema.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 86), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 107 a 108, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (12 de abril de 1999, folio 86), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen

⁷ Audiencia del 10 de febrero de 2021, récord 18:23.

pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 83), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración y las primas de seguro, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así

fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 140), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 13 de noviembre de 2019 (folio 147)

encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

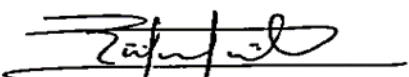
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANDRA PATRICIA
MONTOYA VARGAS CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 16
2018 00536 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (folio 135 vto).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de PORVENIR y COLPENSIONES (fls.133 y 135), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20

de enero del 2021 (Cd a folio 123, record: 1:34:17, acta a folios 123 a 127), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante SONIA PATRICIA MONTOYA VARGAS identificada con cedula de ciudadanía No. 51.466.880 y que tuvo lugar el día 15 de mayo de 2001 y con efectividad a partir del 01 de julio del mismo año.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos pensiones y cesantías PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora SONIA PATRICIA MONTOYA VARGAS con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones como administradora del régimen de prima media con prestación definida, incluyendo los intereses o frutos producidos y en general toda suma que se haya recibido por concepto de cotizaciones en favor de la demandante.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recepcionar los recursos provenientes de la condena impuesta del numeral que antecede, reactivando así la afiliación de la demandante al Régimen de Prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaria incluyendo los montos de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de Porvenir S.A. y de medio salario mínimo legal mensual vigente a cargo de Colpensiones por concepto de agencias en derecho.”

Inconformes con la decisión las demandadas interpusieron recurso de apelación. Inicialmente la AFP PORVENIR, expresa que el despacho da por demostrado sin estarlo que a la demandante no se le dio la información pertinente, desconociendo lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual es claro en referir que cualquiera de los ciudadanos que deseen vincularse a cualquiera de los dos regímenes pensionales deben hacer esta manifestación por escrito, manifestación avalada por el Decreto 692 de 1994 y por la Superintendencia, advirtiéndose se encuentra probado en el proceso que la demandante se vinculó previa información, tal como consta en el formulario de afiliación, donde se le informó sobre el retracto así como de las condiciones pensionales.

Expresa que la simple manifestación de la demandante no era procedente para acreditar la falta de información o alegar un total desconocimiento al indicar que nunca le dieron la asesoría, pues expresa la actora conocía las condiciones pensionales aun cuando ha estado afiliada con Porvenir por más de 20 años.

Precisa que estas asesorías eran de manera verbal y no puede exigirse después de veinte años el cumplimiento de unas normas que se dieron con posterioridad a la vinculación de la demandante, pues con ello se está violando la seguridad jurídica, aunado a que no existe mala fe por parte de Porvenir y por ello no podía descargarse la carga de la prueba para que se procediera de manera automática a la aplicación de sentencias de la Corte Suprema que no son equiparables al caso de la demandante.

Finalmente, señala no podía ordenarse la ineficacia de la afiliación cuando no existen vicios del consentimiento en el proceso, más aun cuando a la demandante jurídicamente le asiste una prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, señalando que la prueba documental en el proceso no fue observada, concretamente en donde Porvenir informa a todos sus afiliados a través del periódico el Tiempo la oportunidad de trasladarse, solicitando por ende se absuelva de todas las pretensiones incoadas. (Cd. folio 122, record: 1:35:25)¹

¹ “Si señor juez siendo esta la oportunidad pertinente manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia emitida por lo siguiente:

Me aparto de la decisión emitida en consideración a que el despacho en la sentencia se da por demostrado sin estarlo que a la demandante no se le dio la información pertinente, desconociendo lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 la cual es clara en referir que cualquiera de los ciudadanos que deseen vincularse a cualquiera de los dos regímenes pensionales deba hacer esta manifestación por escrito, manifestación y en consideración con el decreto 692 de 1994 y también avalado por la superintendencia financiera esa ley, se encuentra probado en el proceso que la demandante se vinculó previa información y ello como consta en el formulario de afiliación, la cual la demandante no lo desconoció y debe decirse que se le informo sobre el retracto en el momento, así como se le informo de las condiciones pensionales se tiene en el proceso y se está violando la seguridad jurídica ya que se está anteponiendo que Porvenir para el momento de la vinculación de la demandante tenía que dejar constancia de la asesoría y la simple manifestación de la demandante no era procedente como tenerse como la falta de información o como lo pretende la parte demandante alegar un total desconocimiento al indicar que nunca le dieron la asesoría, que ella no conocía las condiciones pensionales aun cuando ha estado afiliada con Porvenir más de Veinte años la cual se cae de su peso esta es un argumento que no tiene ningún asidero porque raya en contra por analogía con el código civil la cual es clara en establecer que cualquier persona que desee demostrar ese perjuicio de engaño porque debe decirse que aquí se está imponiendo y se está solicitando o se está alegando la existencia de un engaño no fue demostrado en el proceso, ahora que esos hechos factico se hubieren probado en el proceso no se probó, no hay prueba alguna, tampoco podía de manera automática descargarse la carga de probar a mi representada sobre si se le dio la asesoría a la demandante por tanto que todas estas asesorías eran de manera verbal y no puede exigirse después de veinte años que unas normas que se dieron con posterioridad a la vinculación de la demandante por ello se está violando la seguridad jurídica, quienes deben amparar y cuidar los operadores de justicia.

Ahora que a la demandante refiera sobre la falta de información ya como se dijo no fue probado dentro del proceso el engaño alegado por la parte demandante ya que la demandante de paso ni siquiera tiene conocimiento de cuáles son los beneficios pensionales en el RAIS o sea se cae de su peso, que si la demandante pretende la nulidad de la afiliación aun cuando el que tiene el interés directo de vincularse o desvincularse o de solicitar una nulidad de afiliación es precisamente la demandante y no su abogado, por tanto de acuerdo con el interrogatorio de parte de la demandante llega al punto de hacer ver un desconocimiento de las condiciones pensionales hoy por hoy que hasta desconoce cuáles serían las condiciones pensionales en el RPM y habla de manera general según por murmullo y por lo que ha escuchado de las condiciones pensionales del RPM, así las cosas como no existe mala fe por parte de mi representada no podía descargarse la carga de la prueba a mi representada para que se diera de manera automática la

COLPENSIONES aduce no haberse tenido en cuenta que entre el afiliado y el fondo privado se celebró un contrato y teniendo en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad corresponde únicamente a las partes decidir, modificar, o dejar sin efecto ese acto celebrado por lo dicho para momento en que la demandante solicito el traslado de régimen fundamentado en la nulidad de traslado por error o engaño, no era Colpensiones la competente para dejar sin efectos un negocio del cual no hizo parte por lo que al no estar de acuerdo las partes corresponde únicamente a los jueces como administradores de justicia decidir si existió o no alguna razón para dejar sin efecto el contrato efectuado, señalando se debe tener en cuenta que al momento en que la demandante solicita el retorno a Colpensiones la misma ya se encontraba en una prohibición legal.

Por otro lado, solicita se revoque la condena en costas impuesta en el sentido de que la entidad no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia y de la cual no hizo parte, como también peticiona se adicione la sentencia en el sentido de ordenar al fondo la devolución de todos los aportes realizados por la demandante junto con las cuotas de administración, garantía de pensión mínima, reaseguros o seguros previsionales y los rendimientos financieros, con el objetivo de no descapitalizar el RPM y garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. (Cd. fl. 122, record: 1:43:13)²

aplicación de sentencias que como se observa el despacho se hace un recuento de la sentencia, como sentencia primigenia que toma en cuenta la sentencia 31989 y las demás que son las que ratifican esa decisión de esa sentencia 31989 si vemos ese caso no es equiparable con la demandante porque es muy diferente hablar de una persona que tenía una expectativa legítima en el momento que lo trasladaron, que tenía una prohibición legal al caso de la demandante, entonces no podemos hablar de automáticamente descargar la carga de la prueba con mi representada porque no se encuentra esos ítems o esos hechos facticos probados a consideración de la sentencia que cito el juzgado por tanto no podía ordenarse sobre la ineficacia de la afiliación cuando no existe vicios del consentimiento en el proceso, más aun cuando la demandante jurídicamente le asiste una prohibición legal establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, aclarando que por prueba documental en el proceso que no fue observada por el despacho en la sentencia y nuevamente se enrostra a los magistrados es la documental referente donde Porvenir informa a todos sus afiliados a través del Tiempo la oportunidad de trasladarse este es un aspecto que pues se cumplió a cabalidad conforme a la ley.

En esas condiciones solicito a los Honorables magistrados revocar la sentencia y absolver a mi representada por cuanto no existen los vicios del consentimiento y no había lugar a descargar la carga de la prueba porque no hay evidentes hechos que consideren que Porvenir haya desconocido la información a la demandante porque no se le podían exigir normas que se vinieron a dar con posterioridad de veinte años en estas condiciones solicito se absuelva a mi representada y se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de las condenas impetradas, muchas gracias.”

² “Gracias señor juez siendo esta la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por el despacho esto en atención que no se tuvo en cuenta que entre el afiliado y el fondo privado se celebró un contrato y teniendo en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad corresponde únicamente a las partes decidir, modificar, o dejar sin efecto ese acto celebrado por lo dicho para el momento en que la demandante solicito el traslado de régimen fundamentado en la nulidad de traslado por error o engaño no era Colpensiones la competente para dejar sin

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora SONIA PATRICIA MONTOYA VARGAS, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 21 a 23, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 18 a 21, aspirando de manera principal se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia se ordene el retorno al régimen de prima media con prestación definida, condenando a Porvenir a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, como también reembolsando de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales, así mismo se ordene a Colpensiones a aceptar dicho retorno recibiendo como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional, a pagar a cargo de Porvenir la suma de 50 salarios mínimos como consecuencia de la conducta atentatoria de su derecho pensional, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones la totalidad de los recursos, incluyendo los intereses y frutos producidos y en general toda suma que haya recibido la entidad por las cotizaciones, dadas las consecuencias de la ineficacia, no emitiendo pronunciamiento sobre la petición del pago de los 50 smmlv.

efectos un negocio del cual no hizo parte por lo que al no estar de acuerdo las partes corresponde únicamente a los jueces como administradores de justicia decidir si existió o no alguna razón para dejar sin efecto el contrato efectuado, téngase en cuenta que al momento en que la demandante solicita el retorno a Colpensiones la misma ya se encontraba en una prohibición legal.

En este sentido pues solicito respetuosamente a los Honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que revoquen la condena en costas impuesta a mi representada en el sentido de que pues la entidad no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia y de la cual no hizo parte.

Adicionalmente solicito a los Honorables Magistrados que adicionen la sentencia en el sentido de cómo se decretó la ineficacia del traslado se debe ordenar al fondo la devolución de todos los aportes realizados por la demandante junto con las cuotas de administración, garantía de pensión mínima, reaseguros o seguros previsionales y los rendimientos financieros tal y como lo disponen la corte suprema de justicia en las sentencias 1755 del 2017 4989 del 2018. 1421 del 2019 con el objetivo de no descapitalizar el RPM y garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. En este sentido dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias”

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 14 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 4 de julio de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante Porvenir el 7 de marzo del 2018 (fls. 3 a 7) y ante Colpensiones el día 14 de febrero del 2018 (fls. 9 y 10), es decir, cuando ya había adquirido la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 93.29 semanas de cotización (fl. 92) equivalentes a 1 año, 9 meses y 23 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo refiere tanto Porvenir como Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de mayo del 2001 (fls. 87 y 88), específicamente, conforme la

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el registro de ASOFONDOS y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata

de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

*“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(…).*

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en

el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a PORVENIR, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que se iba a pensionar en las mismas condiciones del ISS porque dicha entidad se acabaría.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 87), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 110 y 111, punto objeto de apelación por PORVENIR, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (15 de mayo del 2001 fl. 87), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía

⁵ Cd folio 122, récord 11:01 Audiencia virtual.

suministrar a la promotora del juicio cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, administrada por PORVENIR, junto con sus rendimientos y todo lo que de ello derive, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 51⁶), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado

⁶ Por auto del 20 de enero del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 115)

jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada COLPENSIONES, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso. Y en cuanto a la solicitud de adición baste con señalar el Juez de primer grado dispuso en el numeral segundo de la sentencia proferida que se condenaba a Porvenir “*a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante (...) incluyendo los intereses o frutos producidos y en general toda suma que se haya recibido por concepto de cotizaciones en favor de la demandante.*” razón por la cual no se accede a lo pedido, pues ello ya fue dispuesto por el Juez *a quo*.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

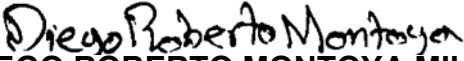
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS FERNANDO
VALDERRAMA CEBALLOS CONTRA ALLIANZ SEGUROS S.A. (RAD. 17 2018
00610 01).**

Bogotá D.C. diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 288 a 290 y 291 a 293), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre de 2020 (Audiencia Virtual de Trámite y Juzgamiento realizado a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 283, récord 53:08, acta a folios 284 y 285), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor CARLOS FERNANDO VALDERRAMA CEBALLOS identificado con la C.C. 79.504.901, como trabajador y la sociedad ALIANZ SEGUROS S.A., como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de abril de 1997 y el 13 de septiembre de 2017, el cual terminó de manera unilateral, pero por justa causa, por parte de la empleadora según las razones expuestas.*

***SEGUNDO: DECLARAR NO PRÓSPERAS** las tachas de sospecha de los testigos RICARDO FAJARDO ÁLVAREZ, ALBA LUCIA GALLEGO NIETO, NIDIA ALEXANDRA RANGEL ROCHA Y SANDRA LIZETHE CASTELLANOS ROZO, según las razones expuestas en precedencia.*

***TERCERO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación, justa causa del despido y carencia del derecho reclamado propuestas por la demandada según lo expuesto en precedencia.*

CUARTO: ABSOLVER a la demandada ALLIANZ SEGUROS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor VALDERRAMA CEBALLOS, de conformidad con las razones expuestas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS al demandante en firme la presente providencia, practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$600.000 M/Cte.

SEXTO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor del demandante en las condiciones ya señaladas.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo, luego de referirse al contenido del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que si el juez encontró que la demandada no expresó de manera precisa los hechos que motivaban la terminación, debió concluir que esta no cumplió con su obligación legal, en lugar de armonizar el contenido de esa carta con la diligencia de descargos, lo cual, asevera, está prohibido.

Insiste, la sociedad llamada a juicio debió manifestar con toda precisión los hechos que daban origen a la terminación del contrato de trabajo pues, de manera posterior, no podía alegar válidamente otras “*causales*” o motivos distintos, debiendo plasmarlos adecuadamente en la carta de despido, no siendo viable, dice, que los operadores judiciales *reparen* dicha omisión a través de la interpretación con otros motivos no invocados en la misiva.

Por otra parte, sostiene, la demandada no demostró en juicio que el demandante hubiera recibido el reglamento interno de trabajo o el código de conducta, luego no era posible suponer, y menos concluir, que la falta era grave.

Alude, al momento del despido solo fueron alegadas dos razones que no se refirieron al presupuesto como para que ahora se analice esa circunstancia, precisando, la fijación del litigio giró en torno a determinar la ocurrencia de los hechos contenidos en la misiva de terminación, no a lo comprendido en el reglamento o en la diligencia de descargos, última que, en su sentir, denotaba el afán de la pasiva de terminar el contrato de trabajo.

Apunta, el juzgador acude a los testimonios de Nubia Rangel –Vicepresidente- y Ricardo Fajardo y se conforma con que la primera asevera no haberse enterado de los sobre costos de la obra, sin estudiar que el actor también mencionó haber enterado de los pormenores a Ricardo y este a su vez a Nubia, y no determina la

responsabilidad de quien convoca el juicio, ni la existencia de la misma frente a otras personas, quienes en su calidad de superiores jerárquicos debían conocer y autorizar.

Indica, en autos no se acreditó cuánto costó el ascensor y la planta eléctrica que fueron los sobrecostos determinados como no incluidos en el presupuesto, y aunque el demandante aceptó que era el responsable de las obras, no lo era frente a los sobrecostos de los equipos, diseños y otros que surgen en la misma. Sin embargo, afirma aquí se invirtió el contenido de las pruebas para decir que era el actor quien debía cuidar de esas situaciones.

Alude, fue la administración de Barranquilla la que exigió los equipos que generaron los sobrecostos, los que además fueron autorizados por Nubia Rangel según ilustró en su declaración.

Estima, no hubo incumplimiento alguno por parte del trabajador pues lo único que hizo fue ejecutar sus funciones, reiterando, este no tenía a su cargo los presupuestos ni era quien debía buscar su autorización. Además, anota, la carta no refería al presupuesto del diseño de las obras y las cuantías como se indicó en el proceso.

Enfatiza, no le resulta razonable que se endilgara responsabilidad alguna al actor en la autorización de los presupuestos cuando no tenía acceso al comité ejecutivo, y había informado debidamente a sus superiores jerárquicos, esto es, a través del conducto regular.

Frente a la obra de adecuación de los archivos, sostiene, tampoco se adujo nada en la carta de terminación y se sorprende de que, pese a que los testigos informaron todo como ocurrió, se le dé una valoración totalmente opuesta a sus intereses, aun cuando los deponentes no aportaron elementos para considerar que el señor Valderrama fue responsable de los hechos generales que se le imputaron como razones de la terminación, resaltando, desde la demanda se refirió a la *“extemporaneidad de los cargos”* pero esa fue una situación que el juzgado nunca verificó.

Por otra parte indica, los contratistas que ejecutaron actividades en el Centro Médico entregaron los pormenores de las obras y la información que le suministraron a Nubia Rangel, pese a que ella niega el conocimiento de esta.

Menciona, el juzgado no tuvo en cuenta que los sobrecostos en los que se incurrió, por lo menos frente al problema eléctrico, obedecieron a unos riesgos que pudieron ocasionar una calamidad y que tenía el propósito de adecuar las instalaciones.

Advierte, no se consideró que EDWIN SARMIENTO DÍAZ hacía parte de los arquitectos de la compañía, siendo perfectamente posible que usara la información de la sociedad respecto de la obra y se cuestiona cuál fue el daño que ocasionó¹

¹ “Gracias señor juez inconforme con la decisión solicito que me conceda oportunidad para apelar el fallo notificado.

Gracias señor juez sorprendido lo que está pasando con la justicia laboral ordinaria en el país. En el artículo séptimo del Decreto Ley 2351 de 1965 en el parágrafo dice “La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.” Luego esa es una situación de fondo e importante en este proceso puesto que el objetivo del derecho laboral implica que la parte débil es el trabajador y efectivamente esos principios se transportan no solo en la parte de la actividad sino también en la del juicio y en la del juicio se incluyen unos principios o valores más que legales, constitucionales en donde se indica que en caso de duda e interpretación de la norma y que toda duda que aparezca en el proceso se debe resolver a favor del trabajador y en este proceso sorprendentemente el juzgado a pesar de haber señalado que la comunicación la decisión terminación del contrato de trabajo no indico de forma precisa las causales o los motivos para dar por terminado el contrato sino que dijo el juzgado que lo habían hecho de manera general, luego si lo hicieron de manera general el juzgado inicialmente empezó comprendiendo que efectivamente la parte demandada no había cumplido su obligación legal en el sentido de determinar con toda precisión cuáles eran los motivos para terminar la relación de trabajo del señor Carlos Valderrama y por ende se equivoca y se equivoca de manera manifiesta, protuberante puesto que a pesar de tener ese entendimiento bajo el criterio que de procurar guardar un equilibrio entre las partes, entonces nos vamos de la carta de terminación del contrato de trabajo y recurrimos a una de diligencia de descargos, resulta sorprendente señor juez que usted manifieste que el señor testigo Ricardo Fajardo llevo una cantidad de explicaciones que muy extensas pero en la diligencia de descargos que no es un documento que sea carta de terminación los más de 50 preguntas y más de 15 y 20 folios esos si no se hubiesen criticado, pero si lo que ofreció un testigo y bajo ese criterio de guardar un equilibrio entonces recurrimos a una diligencia de descargos y empezamos a construir la carta de terminación que debió haber ofrecido la sociedad demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, eso no se puede hacer, eso en la justicia laboral ordinaria está prohibido, es una verdad sabida, es una evidencia, es una enseñanza que ha transmitido la honorable CSJ en el sentido que debe la parte demandada manifestar con toda precisión los hechos que dan origen a la terminación del contrato de trabajo posteriormente no se pueden alegar válidamente causales o motivos distintos y mucho menos pueden los operadores judiciales en el país entonces modificar la carta o reparar la omisión de la sociedad demandada despejando entonces o abriendo camino del objetivo del derecho laboral de las obligaciones que le da la ley a la empresa o al empleador para dar por terminado el contrato y de la prohibición que tienen los jueces de interpretar otros documentos u otros motivos que no se alegaron en la misiva de la terminación del contrato de trabajo de modo que esa error es sorprendente, ese error es evidente y no es posible que el juzgado entonces haya migrado bajo el equilibrio de las pruebas a ese tipo de documentos.

Igualmente dice el Juzgado que la decisión de la honorable Corte Suprema de Justicia de la calificación de las conductas graves están en reglamento interno del trabajo pero que el demandante en ningún momento discutió el reglamento, No, es que el demandante no entró, el demandante no invocó el reglamento interno del trabajo, quien invocó la causa del reglamento interno del trabajo fue la sociedad demandada y la sociedad demandada debía para la validez del reglamento del trabajo demostrar en juicio que el demandante recibió el reglamento de trabajo, que conoció el reglamento de trabajo y que si la falta grave esta allá pues no es posible que el juez bajo el criterio que supone que el demandante tuvo conocimiento del reglamento interno del trabajo o del código de conducta entonces que considere que la falta es grave pero aún más si esa situación se hubiese presentado en el proceso tampoco quiere decir que se hubiese podido trabajar en este proceso para llegar a la nefasta conclusión que el demandante es el responsable puesto que desde un principio y advertido por el mismo

juzgado la carta de terminación de trabajo no fue el modelo a seguir para dar por terminado el contrato de trabajo y es que eso no es capricho de que la carta sea un modelo de la terminación, la carta debe contemplar todos y cada uno de los motivos y causales que posteriormente no se puede alegar válidamente nada y eso no es porque lo diga la ley eso tiene una filosofía, eso tiene un propósito y es que yo no puedo sorprender posteriormente al trabajador porque estoy frente a un derecho fundamental, el derecho al trabajo, luego si yo voy a cortar ese derecho al trabajo bajo el criterio de que estoy asistido de una justa causa debo expresar con toda claridad y precisión los hechos por los cuales doy por terminado el contrato de trabajo y eso tiene como reitero un propósito constitucional que es la defensa del derecho fundamental al trabajo, en el derecho tiene un derecho al debido proceso al derecho de la defensa luego esos valores, esos importantes valores desafortunadamente se desconocieron en el presente informativo y entonces por decirlo por forma coloquial se le arreglo la omisión que incurrió la sociedad demandada bajo el criterio de un equilibrio de las pruebas, No, esa no es la gracia del derecho probatorio, la gracia del derecho probatorio es llegar a acreditar dentro del proceso los hechos que están señalados en la carta de terminación del contrato en ningún otro documento es más la carta de terminación del contrato como usted bien lo dijo señor juez a folio 48 vuelto y 49, si mira el 48 vuelto y el 49 se alegaron dos razones y de esas dos razones no se dijo nada como para que entonces ahora analicemos si fue un presupuesto sino fue un presupuesto ¿Cuánto fue el presupuesto? ¿Cuánto fue el porcentaje en que se presentó el presupuesto? puesto que la carta de terminación del contrato no permite eso.

En la fijación del litigio determinamos y quedó como un hecho dentro del proceso que nos íbamos a encargar dentro del debate probatorio a verificar los hechos que se indicaron en la carta de terminación del contrato, no los hechos que se indicaron en el reglamento interno de trabajo ni en la diligencia de descargos que por cierto señor juez es una diligencia de más de 50 o 60 preguntas, una diligencia que muestra que efectivamente el afán de la sociedad demandada era dar por terminado el contrato de trabajo por el demandante, una diligencia que muestra que efectivamente se convoca diligencia pero de unas obras que ni siquiera quedaron determinadas en la fecha en que se entregaron, en la fecha en que se iniciaron, alguna data de más de uno o dos años después de la terminación del contrato de trabajo en consecuencia bajo el criterio de que hay que guardar equilibrio procesal entonces vamos a violar la disposición legal y el trabajador queda desprotegido del derecho del trabajo de la administración de justicia del derecho fundamental al debido proceso y el derecho a la defensa NO, eso no es así.

Igualmente recurre a los testimonios de dos ciudadanos Nubia Rangel y Ricardo Fajardo y Ricardo Fajardo da cuenta que el señor Carlos Valderrama no tiene acceso al comité ejecutivo y entonces el juzgado se conforma en que Nubia Rangel vicepresidente dice que ella no se enteró de los sobrecostos de la obra pero es que el demandante dice que también lo comentó a Ricardo y que Ricardo lo comentó a ella pero que entonces dos testimonios analizados bajo el criterio del equilibrio de la prueba entonces no da cuenta que el demandante era el responsable tampoco es así por lo primeramente que se dijo es decir esos hechos no quedaron como justa causa para la terminación del contrato de trabajo y las manifestaciones que allí hicieron esos ciudadanos si dan cuenta que efectivamente había unas personas responsables de las obras, unas personas responsables del presupuesto, responsables de los diseños, responsables de las adiciones a los contratos y que ellos como superiores jerárquicos tenían que conocer eso en el proceso no se determinó que le hubiesen dado por terminado el contrato de trabajo por ese hecho, luego esa situación es cierta porque ella la conoció, ella fue la persona que autorizo.

Se habla señor juez y usted dice que se determinó en el proceso que el sobrecosto obedeció a un ascensor y a una planta eléctrica y no se determinó cuánto costó el ascensor ni cuánto costó la planta eléctrica, pero si se dice que esos dos aparatos que esos dos equipos que no estaban dentro del presupuesto entonces al parecer no se tiene en cuenta y que haber metido esos equipos haber incorporado esos equipos esos bienes muebles dentro de ese inmueble es un sobrecosto de la obra, Error y error manifiesto es que ahí no está el inconveniente

Igualmente se dice que el demandante que aceptó que él era el responsable de las obras claro él era el responsable de las obras pero no responsable en que las obras tuviera un sobrecosto por equipos, un sobrecosto por diseños y un sobrecosto por todas las vicisitudes que se conocen y que es de pleno conocimiento público en todo tipo de obras, en ningún momento en este proceso se determinó que el comité ejecutivo no era quien aprobaba las obras, quien aprobaba el presupuesto y quien debía ordenar los contratos que se hicieron, no entonces ahora se invirtió todo el contenido de las pruebas para decir que era Don Carlos Valderrama el que debía cuidar de esa situación siendo que eso no es así, el velaba claro el velaba porque se cumplieran las obras pero no podía velar que el ascensor o la planta médica que se le metió al centro médico de Barranquilla entonces que no tuviera un costo pero que si se tenía que informar, señor juez se indicó que fue la administración municipal de Barranquilla la que exigió esos equipos y entonces esos equipos autorizados por la parte por la señora Nubia Rangel porque en su declaración lo dijo que efectivamente habían habido ascensor y que había una planta eléctrica entonces eso es un sobrecosto, un sobrecosto que ni siquiera está demostrado en el proceso ni siquiera se alegó pero en virtud del equilibrio de la prueba entonces nos remitimos a eso, No eso no es así.

¿Qué el demandante tuvo incumplimiento? No tuvo incumplimiento el demandante lo único que hizo fue ejecutar sus funciones incluso aquí hoy una testigo vino después de que se oyeron los testigos sorprendentemente para la parte demandada si hubo la oportunidad de seis siete meses apoyada también por la pandemia para escuchar los testigos que vino a decir que el señor Carlos Valderrama era el que hacía los contratos, el que decía que contratos se hacían, el que decía que era supervisor, que era interventor pero cuando se le preguntó las partes precisas de cada una de sus declaraciones no supo dar respuesta y no dio cuenta de cuál era la auditoría, si dijo que el señor Ricardo Fajardo era el superior jerárquico y que con él era el que subía al comité ejecutivo con la señora Nubia Rangel para las autorizaciones. En consecuencia, no es cierto que el demandante tuviese a su cargo los presupuestos, los presupuestos venían autorizados desde arriba y el demandante lo que hacía era velar por ese presupuesto pero autorizado no era el quien debía hacer eso.

Luego el juzgado considera que efectivamente el demandante que revisado después de todos los documentos que sorprendentemente revisa el juzgado para adicionar la justa causa para dar por terminado el contrato de forma total es de sorprendente totalmente inexplicable y de totalmente en contra de la ley que entonces que el demandante si era el encargado de los diseños y del presupuesto y que esos documentos le permitían al juzgado estas consideraciones, no desconozco señor juez que las facultades de los jueces de la republica dentro de las facultades esta servirse de sus sana critica de la lógica que le dé el instrumento de convicción y de la interpretación que le pueda ofrecer pese al elemento probatorio para llegar a una conclusiones, pero es que esa facultad también tiene límites y esa facultad estaba limitada por el parágrafo del artículo séptimo del Decreto ley 2351 de 1965 y por la carta de terminación del contrato de trabajo que como usted bien lo anotó no dijo nada, indicó simple y llanamente en términos generales, pero no preciso ningún motivo o razón para que la sociedad demandada impute hoy al demandante con un criterio judicial totalmente equivocado que entonces lo que se refería era al presupuesto de diseño de esas obras y en las cuantías que se indicó en el proceso.

Sorprende también que aun cuando uno de los testigos el señor Ricardo Fajardo el jefe directo del demandante le comentó al juez que el señor Carlos Valderrama no tenía acceso al comité y que en ese comité era donde se tomaban esas decisiones que entonces se concluía diciendo que la señora Nubia Rangel no se enteró y que como ella no se enteró entonces que el responsable es Carlos Valderrama, pero que hay recibido la obra, pero que haya autorizado comprar la planta y que haya autorizado comprar el ascensor. Y mucho más sorprendente resulta que se le impute la omisión de fajardo a Carlos Valderrama puesto que fajardo era el que tenía comunicación en línea directa con Nubia Rangel, pero aun así entonces se interpreta el testimonio de ellos dos para decir que es que ellos no dijeron que el demandante no era el responsable, el demandante informó y le informó a su conducto regular, le informó a su jefe directo si su jefe directo no informo eso no quiere decir que el demandante, además en ningún momento Ricardo Fajardo indicó que el demandante en forma amañada tuviese ese tipo de presupuestos o hubiese tenido una conducta que desdijera su grado o su nivel de responsabilidad como lo dijo el juez, en consecuencia mal interpretado quedaron esos medios de convicción, se indicó que el presupuesto inicial de la obra en barranquilla era \$1.194.000.000 pero que supero \$1.950.000.000 de pesos, sin embargo, no demostró la sociedad demandada ¿Cuánto costó el ascensor y cuánto costó la planta eléctrica? Pero aun así se dice que el señor Valderrama era el responsable.

Con relación a la otra obra la de adecuación de los archivos se inició en \$150.000.000 y termino en \$223.000.000 de pesos, sin embargo, Ricardo Fajardo indicó que es que el demandante había cogido ese dinero y tampoco se dijo aquí en la carta de terminación de contrato de trabajo, luego no podía el juez tratar de emendar el error con el que inicio la sociedad demandada la terminación del contrato de trabajo

***Juez:** hace llamado de atención y le concede tres minutos más para sustentar el recurso.*

***Apoderado Demandante:** Quiero manifestar que en razón del derecho de la defensa y del debido proceso no me pueden limitar a unos minutos adicionales puesto que primero el fallo demoramos más de una hora en la lectura del fallo yo estoy en la obligación de discutir todos los argumentos que se incluyen en el fallo y tres me parece que limitar el recurso de apelación, el acto procesal más importante que tiene la parte en la sentencia viola el debido proceso y el derecho de la defensa.*

En consecuencia señor juez me permito continuar con mis consideraciones para que el Honorable Tribunal tenga en cuenta la decisión.

Decía señor juez que sorprende que estas personas le hubiesen comentado al Juzgado todo como ocurrió pero que la interpretación que le haga el juzgado es totalmente opuesta a los intereses del demandante bajo el criterio que hay un equilibrio en la prueba desconociendo que la ley no permite que se tenga como una justa causa o que se repere una decisión de una sociedad demandada cuando se termine el contrato de trabajo. Sobre ello consideramos que todos los testigos que se trajeron al proceso no ofrecieron ninguna evidencia para que se considere al señor Carlos Valderrama responsable de los hechos generales que se le imputaron en la terminación del contrato de trabajo, generales, es más desde la demanda se manifestó o se ofreció de conformidad en relación con la inconformidad respecto de la extemporaneidad de los cargos pero esa fue otra situación que en ningún momento el juzgado verifico.

Igualmente se dijo que Edwin apoyó al arquitecto porque el salía a vacaciones, Edwin salía a vacaciones y necesitaba apoyar porque necesitaba apoyar ese proyecto pero eso tampoco lo verifico el juez.

En consecuencia los contratistas que emprendieron las obras del centro médico de Barranquilla y de la adecuación de las instalaciones del archivo dieron cuenta de cuáles fueron los pormenores que se presentaron

(Audiencia Virtual de Trámite y Juzgamiento realizado a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 283, récord 54:53, acta a folios 284 y 285).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS FERNANDO VALDERRAMA CEBALLOS en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (folio 5), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 4 y 5), solicitando de manera principal se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 16 de abril de 1997 y el 13 de septiembre de 2017 el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada. En consecuencia, se reconozca y pague a su favor la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T debidamente indexada. **Obteniendo sentencia desfavorable, aunque se declaró la existencia del contrato en los extremos referidos en la demanda, se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar el *a quo* que el demandante en efecto incurrió en las omisiones que le fueron atribuidas por su empleador,**

en cada una de esas obras incluso el representante o el testigo que expreso lo de la obra de Barranquilla índico que él se había reunido con el señor Ricardo Fajardo y con la señora Nubia Rangel y les había dado cuenta de la situación que se presentaba, luego no puede venir la señora Nubia Rangel ni el señor Ricardo que no lo dijo pero que el Juzgado en forma sorprendente así lo concluyó que él es el responsable lo que le dijo al Juzgado fue cuáles eran las situaciones que se presentó con la obra del archivo que indicó que el edificio donde estaba montada esa oficina tenía un grave problema eléctrico y que solo lo detectaron cuando prácticamente se inició el trabajo y que Ricardo Fajardo estuvo presente en ese momento porque era una situación de posible calamidad en ese predio porque todos que incluso los vecinos de Allianz en esa obra parece ser que estaban utilizando el servicio de energía sin pagarlo porque todos los cables estaban en una locura y ese fue el sobre costo que tuvo esa obra pero es un sobre costo que es de la lógica y es un sobre costo que tiene el propósito de adecuar las instalaciones, en consecuencia aun cuando esa situación no se allego así dentro del proceso, no se indicó en la carta de terminación del contrato si fue una evidencia y fue una información unos datos que la parte actora en forma juiciosa le transmitió al juzgado y le transmitió al juzgado no porque considero que era responsable de los hechos sino que le transmitió al juzgado para alimentar el proceso de la noticia que puede tener determinada esa actividad que hizo el demandante, eso tampoco lo vio el juzgado. No vio el juzgado tampoco que el señor Edwin Sarmiento Díaz dijo que era parte de los arquitectos de la compañía y que como parte de los arquitectos de la compañía era perfectamente posible que el usara la información de la compañía y la información de la compañía respecto de las obras ¿Cuál información fue la que se le transmitió al demandante? O ¿cuál fue el daño que el hizo el demandante?

De modo señor juez que termino diciendo señor juez que ante la claridad de la noticia que se intuyó en la carta de terminación del contrato de trabajo el juzgado hubiese transitado por otro tipo de documentos que no correspondían en venero al debido proceso, en defensa del derecho de defensa y ante todo porque la ley expresamente prohíbe que si la carta de terminación de contrato no es suficientemente razonable y lógica en la terminación del contrato, necesariamente deviene la ilegalidad de la terminación y el juez laboral para protección de los derechos del trabajador debe condenar a la indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo."

precisando que su responsabilidad no perdía valor por haber informado a sus jefes directos, en razón a que la situación no fue conocida por el Comité ejecutivo. Asimismo, estimó, no era necesario calificar la gravedad de la falta pues la misma se encontraba determinada en el reglamento interno de trabajo, respecto del cual no se alegó el desconocimiento en la demanda.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes entre el 16 de abril de 1997 y el 13 de septiembre de 2017, el cual terminó por decisión unilateral de la empleadora, circunstancias que además de haber sido excluidas del debate probatorio, fueron aceptadas por la encartada desde la contestación de la demanda (folio 66, respuesta pretensión primera) y se constata de la documental visible a folios 83-87, 48-49, 50 y 186.

En ese orden, el problema jurídico que debe desatar la Sala, conforme los motivos de apelación y en virtud del principio de consonancia, se circunscribe a determinar si la terminación del contrato de trabajo del actor estuvo precedida de una justa causa.

Bajo tal orientación, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el párrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*,

advirtiéndolo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa².

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada mediante comunicación calendada 13 de septiembre de 2017 (folios 48 a 49 y 183 a 185), la cual fue entregada en esa fecha al actor según se advierte de la rúbrica de recibido que se observa a folio 185.

En la misiva de folio 492, se señalaron como casusas del despido las siguientes:

“(…)

Dando cumplimiento a los términos establecido en el Reglamento Interno de Trabajo de Allianz Seguros S.A. y Allianz Seguros de Vida S.A. (la "Compañía") y la ley laboral colombiana, la Gerencia de Recursos Humanos le comunica que, después de haber estudiado las pruebas aportadas durante el proceso disciplinario adelantado en su contra y los descargos por usted presentados, tanto escritos como orales, ha tomado la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, a partir de la terminación de la jornada laboral del día de hoy, 13 de septiembre de 2017.

La anterior decisión se toma en concordancia con los numerales 4 y 9 del artículo 71 del Reglamento de Trabajo de la Compañía, el artículo 17 del Código de Conducta y el numeral 6 del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo.

Los motivos de esta decisión se basan en que la Compañía, después de haber estudiado las pruebas que obtuvo en relación con los cargos que le fueron notificados a usted a través de la comunicación entregada el 29 de agosto de 2017 y las pruebas y argumentos por usted aportados en su documento de descargos del 4 de septiembre de 2017, y durante la diligencia de descargos del día 11 de septiembre de 2017, logró demostrar que:

1. *Usted violó de manera grave las obligaciones y deberes que como empleado de la Compañía usted tiene y que están consagrados en el Reglamento de Trabajo de la misma en los siguientes artículo (sic):*

- a. *Artículo 60 numerales 6 y 10.*
- b. *Artículo 65 numerales 2, 7, 8, 25, 36, 66.*

² Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz "(...) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono." la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley..."

Además de aquellos consagrados en el Código de Conducta de la Compañía, en el numeral 1 y 2 del mismo y en la Política de Seguridad Informática de la Compañía en los numerales 3.3.7.1, 9.2.1 y 9.2.3.

- 2. La Compañía logró evidenciar que en diferentes oportunidades, los proyectos bajo su cargo como Director de Casa Principal en temas de servicios e infraestructura, tuvieron importantes problemas en sus diseños, los cuales llevaron dentro de su desarrollo a generar mayores gastos para la Compañía, adicionales a aquellos aprobados y presupuestados por la misma para estos dichos proyectos. Esto queda demostrado además cuando usted en su diligencia de descargos acepta que el Proyecto de Modernización de Archivo - Adecuación Eléctrica e iluminación de los archivos de la Compañía tuvo problemas con el diseño que fue aprobado por la Compañía, al mencionar que "En todo lo que tiene que ver con los temas internos como lámparas y cobertura de cableado si pudo haber sido una omisión de Clima Confort y mía".*
- 3. Como usted lo menciona en sus descargos, en su rol como Director de Casa Principal usted tenía a cargo la función de responder "Todo lo relacionado con las adecuaciones es decir velar por contratar y velar por los diseños y las adecuaciones". Dentro del proceso quedó comprobado que en diferentes ocasiones, como lo fue en proyecto Centro Médico Barranquilla y Proyecto de Modernización de Archivo - Adecuación Eléctrica e iluminación de los archivos de la Compañía, se presentaron graves inconsistencias en los diseños, que llevaron a que la Compañía tuviera que incurrir en mayores gastos a aquellos aprobados y presupuestados, los cuales fueron gastos de importante impacto económico para la Compañía. Esto evidencia que con su actuar se vieron afectados los intereses económicos de la Compañía.*
- 4. La Compañía logró demostrar, tal y como usted lo acepta en sus descargos, que usted incumplió de manera grave y siendo consciente de su actuación con la Política de Seguridad Informática de la Compañía, al compartir con terceros su usuario y contraseña, lo cual es claro está prohibido por la misma.*

Su actuación genera una pérdida de confianza y credibilidad en la relación que la Compañía ha sostenido con usted hasta la fecha y se entiende como comportamiento contrario a la obligación de cumplimiento de los procedimientos, políticas, directrices, principios, valores, y postulados de la Compañía, la cual tiene una Política clara y expresa de "TOLERANCIA CERO" a todo ello que impliquen la violación de nuestros normas, políticas, procedimientos, directrices, principios, valores, y/o postulados.

(...)

En los términos anteriores, es claro, lo que motivó el despido del convocante fue en términos generales, el haber hecho incurrir a la sociedad demandada en costos adicionales a aquellos que fueron aprobados y presupuestados en los proyectos que estaban a su cargo, específicamente, en la construcción de un centro médico en Barranquilla y la modernización del archivo de Allianz, situación que presuntamente se presentó en virtud de un deficiente diseño de tales proyectos;

además, se le atribuye el haber contrariado las políticas que sobre seguridad informática tienen adoptadas la Compañía al compartir su clave de acceso personal. Situaciones estas que derivaron de lo analizado en la diligencia de descargos del 11 de septiembre de 2017.

Es importante precisar en este punto, contrario a lo indicado por el apoderado judicial de la parte actora en la alzada, para la Sala los motivos que dan lugar al finiquito del vínculo por parte de la empresa demandada si están claramente determinados, advirtiendo, como quiera que las diligencias de cargos y descargos adelantadas el 29 de agosto de 2017, 4 de septiembre de 2017 y 11 de septiembre de 2017 fueron aludidas expresamente en la misiva, deben entenderse incorporadas, para los efectos a que haya lugar, como fundamento de las razones que soportan la decisión de terminar unilateralmente el contrato de trabajo. En otros términos, siendo el despido consecuencial del proceso previo adelantado contra el actor, lógico resulta concluir que lo allí acontecido haga parte integral de los hechos u omisiones que originaron esa determinación, situaciones debidamente comunicadas al momento de la extinción de la relación laboral.

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, mediante comunicación del 29 de agosto de 2017 (folios 22 a 24), la demandada, a través de CATALINA GUEVARA SANTAMARÍA, Gerente de Recursos Humanos y JULIANA SOTO MARTÍNEZ, profesional senior de la Dirección de relaciones laborales, informó a CARLOS FERNANDO VALDERRAMA CEBALLOS el inicio de proceso disciplinario, el cual, según allí se anotó, se originó como consecuencia de los procesos de auditoría realizados por la gerencia de compras. En esa oportunidad se le concedieron cinco días a efectos de que explicara, *grosso modo*, lo siguiente:

- i) Por qué el proyecto del Centro Médico de Barranquilla generó un excedente de costo del 67,49% -\$785.789.598- del valor aprobado - \$1.164.278.557- sin que hubiera existido aprobación por parte del Comité Ejecutivo exigido por la norma de compras OP-006-002. Además, con relación a ese proyecto, se le indagó respecto de irregularidades originadas en el proceso de licitación adelantado, los honorarios pactados con la sociedad contratista, el conocimiento que tenía el demandante de del replanteamiento del diseño arquitectónico por cumplimiento de la normatividad urbana exigida por la curaduría y la ausencia de

comunicación al órgano respectivo de la sociedad, la doble facturación del “*suministro de deshumificador*”, la falta de licencia de construcción al inicio de la obra que significó el descarte de actividades que finalmente fueron cobradas por la contratista a la empresa y los problemas presentados en la construcción del sistema de aire y ventilación por instalaciones defectuosas y sobre costos generados con la empresa “bajo cero”.

- ii) Por qué el proyecto “*Modernización de Archivo – Adecuación Eléctrica e Iluminación*” tuvo un presupuesto ejecutado de \$223.494.843, cuando el presupuesto autorizado fue de \$150.802.601, generando una desviación del 48.02% que no fue avalado por el Comité de Compras. Adicionalmente, se le indica, conforme la política de compras LEG-03-013 numeral 3.2 para la ejecución del proyecto se requería la suscripción de un contrato el cual es inexistente.
- iii) Las razones por las que compartió con terceros ajenos a la organización –Edwin José Sarmiento Herrera- el usuario y contraseña de su computador empresarial y los motivos por los que reenvió información de la Compañía a su correo personal.

Lo anterior, en los términos de dicha comunicación, por ir “*en contravía de las obligaciones (...) consagradas en el Reglamento Interno de Trabajo (...) en los numerales 6, 7, 9, 11 del artículo 60, los numerales 2, 7, 8, 19, 25, 54, 56, 65, 66 del artículo 65, en el código de conducta en los numerales 1, 2 y 3.6 y en de (sic) la Política de Seguridad Informática de la Compañía en los numerales 3.3.7.1., 9.2.1 y 9.2.3. Igualmente en el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T.*”

En esa misma calenda -29 de agosto de 2017- el actor fue citado a diligencia de descargos el cual se realizaría el 11 de septiembre siguiente a las 9:00 a.m. (folio 25).

Por escrito del 4 de septiembre de 2017 (folio 26 a 35), el demandante presenta ante el área de recursos humanos de la compañía, la respuesta al proceso disciplinario, en los cuales, frente a los planteamientos efectuados por su empleadora manifiesta, particularmente respecto de los sobre costos surgidos en el

proyecto “Centro Médico de Barranquilla” que interesan a la litis, una vez empezó a vislumbrar la existencia de los mismos reportó la situación a Ricardo Fajardo y/o Nidia Rangel, sus fejes directos, advirtiéndolo, las autorizaciones fueron dadas por el primero, lo cual soportó en las comunicaciones cruzadas por correo electrónico – que no fueron incorporadas al expediente- pero que describió ampliamente en esa misiva.

Sobre ese punto además, comunicó que los sobrecostos obedecieron entre otras razones a que:

“(…)

(a) Con el diseño arquitectónico Inicial presentado en la licitación por parte de Rugeles Duran (único proponente en presentar un pre-diseño) se consultó en atrasos que se curadurías 1 y 2 de Barranquilla y el proyecto requirió de la obtención de una licencia de construcción.

(b) Para el cumplimiento de las normas para la licencia de construcción, se tuvo que disponer de 1 cupo de parqueadero para visitantes por cada 50 m2 construidos, áreas que no estaban contempladas en el programa inicial y que conllevó igualmente a contar con mayor área, dado que se ubicaron los parqueaderos en el único lugar disponible del inmueble que era la parte posterior (patio trasero) y para ello se debió adecuar un área de acceso vehicular en medio del inmueble, restando área para consultorios y por lo cual se tuvo que tomar en arriendo y adecuar el segundo piso del local, con el cual inicialmente no se contaba.

(c) Al tener un segundo piso, se tuvo la necesidad de contar con un medio de acceso para discapacitados a la segunda planta: ascensor y adecuar el debido espacio para ubicarlo.

(d) Se requirió para la licencia de un peritazgo de estructuras y al hacer algunas inspecciones ya en obra se encontraron deficiencias estructurales que conllevaron al reforzamiento de algunas áreas con nuevas vigas metálicas o en concreto y reforzar algunas columnas; además de diseñar y de realizar nueva estructura para soportar el foso del ascensor.

(e) Al reforzar con nuevas vigas, los ductos de aire que estaban diseñados para ubicarse bajo placa y entre ciellorrasos del primer piso, no tuvieron cabida por las nuevas vigas, por lo cual la ductería y nuevos recorrido (sic) se hicieron sobre placa, cambiando los diseños técnicos y las especificaciones de ductos para interior a ductos para exterior y mayores cantidades en metrajes.

(f) La necesidad de una planta eléctrica para la suplencia total del proyecto por las constantes fallas y falencias del sistema eléctrico en Barranquilla.

Como lo indiqué de estos temas tenía conocimiento semanal Ricardo Fajardo debido a los comités de obra que se hacían casi semanalmente e igualmente Nidia Rangel transmitido por Ricardo Fajardo en comités de operaciones, a través de correos antes mencionados o en reuniones que se daban sobre el proyecto con Nidia Rangel dando sus avales y que de acuerdo a ello, se enviaron los correos al área jurídica para modificar el contrato inicial. (...)”

Con relación a la instalación de los aires acondicionados, describió las acciones que adelantó para subsanar las falencias existentes y explicó porque fueron requeridas obras adicionales encontrándose en marcha la ejecución del proyecto.

Respecto de proyecto *“Modernización Archivo – Adecuación eléctrica”*, también anotó que ejecutándose el mismo se hicieron cambios y movimientos que requirieron intervención inmediata, en algunos eventos por peligro de electrocución, pero que estas modificaciones fueron autorizadas por su jefe directo Ricardo Fajardo. Además indicó *“no se diligenció contrato, fue una omisión del área no haberlo efectuado”* (folio 34).

Respecto de los correos electrónicos, enviados a su correo personal, adujo haberlo hecho por *“el temor al silencio absoluto que Nidia Rangel tuvo al momento de presentar al Comité ejecutivo el desarrollo final de este proyecto, teniendo pleno conocimiento del mismo y que me envié por temor a investigaciones futuras (...) y tener los soportes que lo demuestran (...) Solo fue una acción de respaldo por mi debida gestión en este proyecto y de la cual no he compartido con ninguna persona externa o ajeno a la compañía”* (folio 34).

De igual forma, en lo atiente a compartir su usuario y contraseña con EDWIN SARMIENTO, aseguró haber sido una única vez que lo hizo y fue en razón a que estaban efectuando las invitaciones para licitar el proyecto del Centro Médico de Barranquilla y de acuerdo al cronograma debían enviar a los proponentes el respectivo *“RFP”*, pero ese día no estaba en la oficina, por lo cual le pidió el favor al mentado arquitecto para enviar los correos respectivos (folio 35).

Del recuento anterior vale resaltar, el demandante no desconoce propiamente los hechos que le fueran atribuidos por la demandada, específicamente frente a los sobrecostos existentes en los proyectos *“Clínica de Barranquilla”* y *“Modernización archivo”* y el haber compartido su clave personal, empero trató de justificar tales circunstancias, anotando frente a lo primero que avisó a su superior en línea ascendente –Ricardo Fajardo- y recibió autorización de este para realizar las obras adicionales requeridas y que no fueron tenidas en cuenta en los diseños aprobados por el respectivo Comité.

Ahora, la diligencia de descargos se llevó a cabo en la fecha señalada (11 de septiembre de 2019) (folios 36 a 46). De ese trámite se destaca lo siguiente:

“(...)”

PREGUNTA NO. 4: *Por favor describa los procesos que se encuentran bajo su responsabilidad como Director de Casa Principal de la Gerencia de Compras de la Compañía Director de Infraestructura*

Respuesta: *Todo el proceso de mantenimiento de bienes inmuebles, los servicios de aseo y mantenimiento de los inmuebles de la compañía. Todo lo relacionado con las adecuaciones es decir velar por contratar y velar por los diseños y las adecuaciones.*

PREGUNTA NO. 5: *Diga cómo es cierto sí o no que usted conoce a cabalidad la Política de Compras de la Compañía, la cual tiene como objetivo "indicar las políticas establecidas por la compañía para la compra de bienes y servicios", y el Procedimiento de Compras el cual se describe el proceso general de compras y el detalle de la operatividad para cada actividad...."*

Respuesta: *Sí, si las conozco.*

PREGUNTA NO. 6: *Sírvase informar cómo es cierto SI o NO que Usted como conocedor de la política de Compras, conoce cuáles son los niveles de autoridad establecidos en la Política de compras*

Respuesta: *sí, si los conozco.*

PREGUNTA NO. 7: *Sírvase informar cómo es cierto SI o NO que una vez recibida la autorización para la realización de un proyecto, cualquier modificación o adición al mismo debe ser autorizada nuevamente por el estamento que inicialmente lo autorizó.*

Respuesta: *Si. Yo lo informé por el conducto regular a mi jefe y este a su vez a su jefe.*

PREGUNTA 8: *¿Si Usted es conocedor de los entes y cargos responsables de dar las autorizaciones, por qué recibió la autorización de los sobre-costos (adiciones o modificaciones) estos proyectos de los cargos o personas no autorizados para ellos?*

Respuesta: *Porque entendí que Ricardo iba a presentar todo a Nidia y Nidia al comité Ejecutivo. Incluso se me pidió a principios de enero presentar un status del proyecto teniendo en cuenta los cambios que habían sido solicitados por la curaduría en la licencia de construcción.*

En ese momento, Ricardo siempre estuvo en los comités de obra con el administrador delegado, que se hacían cada 8 días, y era él el que informaba a Nidia sobre los costos adicionales que iban saliendo.

(...)

PREGUNTA NO. 10: *Por favor infórmenos cuale (sic) fue su rol y responsabilidad dentro del proyecto Centro Médico de Barranquilla.*

Respuesta: *Que el proyecto se llevará a cabo, que se entregara en el tiempo que se había comprometido la Gerencia con la Compañía y que todos los pasos que se requirieran se llevaran a tiempo que se había cabo para que el proyecto terminará en buen término.*

Y que se pudiera contar con el aval de la Secretaria de Salud de Barranquilla para poder operar el Centro Médico.

PREGUNTA 11: *Cuando usted menciona "que todos los pasos que se requirieran se llevaran a cabo para el que proyecto terminara en buen término" a que pasos se refiere:*

Respuesta: A que el inmueble cumpliera con el uso del suelo, lo que se validó con planeación y curaduría.

A que los diseño arquitectónicos cumplieran con lo exigido por Javesalud y Corcam.

A que se cumpliera con el programa que estipuló la Compañía para el proyecto.

A que el diseño cumpliera con la norma urbanística aprobada por curaduría

A que se realizaran todos los diseños técnicos que necesitaban para la operación del centro médico.

A que se obtuviera la licencia de construcción y se iniciaría con la licencia de construcción.

A que el proyecto se ejecutara de acuerdo con la licencia de construcción y que se entregara para que en la fecha prevista la Secretaria de Salud diera la licencia de operación.

PREGUNTA 12: *¿Todas estas validaciones con la curaduría, Javesalud, Corcam, Secretaria de Salud en qué momento se hacen?*

Respuesta: Cuando se está en la etapa de diseños. Primero se hace el diseño arquitectónico y se valida en comités, en algunos de esos comités estuvo JaveSalud y Corcam y ellos hicieron comentarios y al final dieron el visto bueno. Después de esto se lleva a curaduría. En curaduría también se hacen consultas previas.

PREGUNTA 13: *¿Los diseños se hacen antes o después de que el proveedor presenta su presupuesto?*

Respuesta: Se hace después de que se ha presentado la propuesta. Rúgeles es el único proveedor que presentó en la licitación un pre-diseño. Sin que se hubiera requerido en la licitación un diseño.

PREGUNTA 14: *¿Es decir que las cotizaciones de los proveedores y la propuesta que ellos presentan son valores estimados?*

Respuesta: Ellos presentan la propuesta para hacer un diseño arquitectónico. Un valor fijo por lo (sic) honorarios de construcción y un costo estimado de la obra.

PREGUNTA 15: *¿Sabe usted si al comité ejecutivo se le informó que los valores presentados en las propuestas del proyecto Centro Medico de Barranquilla eran valores estimados?*

Respuesta: Sí se les informó que el costo de obra era estimado porque los honorarios sí son fijos.

(...)

PREGUNTA NO. 20: *Por favor infórmenos si usted como arquitecto de la Compañía realiza un estudio cuidadoso desde su experiencia y conocimiento como arquitecto, de los proyectos que van a ser llevados a cabo por la Compañía y que son asignados a proveedores externos, con el fin de velar por los intereses económicos de la misma.*

Repuesta: Sí. En las licitaciones se piden referencias profesionales y además referencias de experiencia en proyectos similares a los que se van a realizar en la compañía.

PREGUNTA NO. 21: *Por favor infórmenos quién en la Gerencia de Compras es la persona encargada de realizar el pliego de licitación en el cual los proponentes basan sus ofertas.*

Respuesta: Para adecuaciones, yo.

(...)

PREGUNTA 24: ¿Quién determina la necesidad de una licencia de construcción?

Respuesta: Lo determina el curador. En este caso, inicialmente el concepto que me dio la curaduría, al presentarle el diseño que teníamos en ese momento nos dijo que con el permiso de reparaciones locativas podíamos operar, sin embargo, en la revisión final de la curaduría se determinó que debíamos tener una licencia de construcción. Y se nos exigió un número de parqueaderos que además, nos exigió que fuera al interior del inmueble y eso género que se tuviera que construir una mayor área en el 2do piso.

PREGUNTA 25: ¿En razón a que nace la necesidad de un mayor número de parqueaderos?

Repuesta: La curaduría nos exige tener un parqueadero por cada 50mt2 construidos. Nosotros teníamos un diseño que tenía unos parqueaderos en la parte de afuera del centro médico, pero la curaduría nos exigió que tuviera los parqueaderos al interior del centro médico.

PREGUNTA 26: ¿El tema de los parqueaderos está en alguna norma?

Respuesta: En la norma urbanística de Barranquilla

PREGUNTA 27: ¿Si este tema está en una norma, por qué ni Rúgeles Duran, ni nosotros hicimos el diseño con los parqueaderos que exige la norma?

Respuesta: Porque la norma sólo nos la dieron a conocer cuando estaban en la revisión del proyecto.

PREGUNTA 28: ¿Qué responsabilidad tuvo Rúgeles respecto del desconocimiento de la norma urbanística, que llevó a que se tuviera que hacer un proyecto diferente para el centro médico de Barranquilla?

Respuesta: Yo creería que ellos hicieron las validaciones necesarias para hacer el proyecto, pero hasta el final fue que se cambió el proyecto por el concepto de la curaduría.

(...)

PREGUNTA 31: ¿Por favor explíquenos por qué los ajustes realizados al Centro Médico de Barranquilla, no fueron identificados por usted o por el arquitecto externo Edwin Sarmiento o en su defecto por la empresa de arquitectura contratadas para este proyecto?.

Respuesta: Yo no conozco la norma urbanística de Barranquilla y Rúgeles tampoco y tampoco el arquitecto externo

(...)

PREGUNTA 37: Por qué si Clima Confort es una empresa con experiencia en trabajos eléctricos y de cableados, no se percataron de todas aquellas cosas que generaron sobre costos en este proyecto, como lámparas adicionales, cambio de cometidas, entubada de timbres, entre otros?

Respuesta: Porque en inicio el proyecto era basado en un diseño que no contemplada las acometidas. Igualmente durante el proyecto salió todo relacionado con Vida run-off lo que significó cambio en el diseño del archivo de la 17.

También se presentó un tema con la iluminación de los baños del archivo del piso 13 que no se tuvo en cuenta en el momento de hacer el diseño y de entubado del timbre.

También se evidenció un tenm de entubado de los cables del sistema de perifoneo y música ambiental los cuales estaban sin cubrir.

PREGUNTA 38: *¿Quién hizo los diseños para el proyecto de los archivos, bajo los cuales se pasaron las propuestas de los proveedores para este proyecto?*

Respuesta: *Clima Confort*

(..)

PREGUNTA 40: *¿Quién revisa que los diseño de las licitaciones o cotizaciones cumplan con lo por la compañía?*

Respuesta: *Yo.*

(...)

PREGUNTA NO. 48: *Diga cómo es cierto sí o no que la Política de Compras de la Compañía establece de manera clara que "Una vez aprobada la compra por el nivel de autoridad respectivo, el área contratante debe proceder a elaborar el contrato en conjunto con el área jurídica..."*

Respuesta: *Si señora.*

PREGUNTA 49: *En su documento Respuesta proceso disciplinario- solicitud de cargos y descargos" usted menciona que por omisión del área" no se realizó el contrato para el proyecto de adecuaciones eléctricas de los archivos de la Compañía. Por favor indíquenos quién era la persona responsable de obtener él respectivo contrato.*

Respuesta: *Creo que yo, porque yo era el responsable del contrato.*

PREGUNTA 50. *Explique las razones por la cuáles un proyecto de CIENTO CINCUENTA MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS UN PESO MCTE (\$150.802.601 Mcte.) no contó con un contrato en donde se estableciera de manera clara-aspectos como: 1. objetivo y alcance del contrato; 2. términos y condiciones; 3. precio; 4. responsabilidades del contratista; 5. KPIS; 6. Cláusulas indemnizatorias; 5. Duración del contrato, entre otros.*

Repuesta: *Fue un descuido mío y ninguno del área se percató de este descuido, pero entiendo que la responsabilidad es mía.*

PREGUNTA 56: *Es usted consciente que sus actuaciones han puesto a la Compañía, en ocasiones, en situaciones de vulnerabilidad contractual respecto de sus proveedores, como en el caso de la no existencia de contrato de prestación de servicios con el proveedor Clima Confort.*

Repuesta: *Creo que sólo ha pasado una vez y sí soy consciente y fue por olvido.*

PREGUNTA 57: *Es usted consciente que con sus actuaciones ha incumplido con las políticas "procedimientos establecidos de manera clara por la Compañía para el proceso de compra de bienes y servicios, además de con la política de Seguridad Informática de la misma.*

Respuesta.: *Hay dos temas en responsabilidad primero, sí soy consciente y fue un error involuntario y asumo la responsabilidad.*

Y en el tema de seguridad informática quiero decir que después del Comité Ejecutivo en el que el señor Borja dijo que lo que habíamos hecho era un desacato, tuve temor y por eso me envié lo correos a mi correo, por seguridad.

(...)

Pregunta 59: *¿Conoce usted la política de seguridad informática de la compañía?*

Respuesta: *Si señora.*

PREGUNTA: *De acuerdo con la política de informática en el numeral 9.3 Controles de contraseña se establece de manera clara que "Las contraseñas no deben ser compartidas o cedidas a terceros, salvo para los identificadores de usuarios de emergencia, cuentas de servicio y entrega de contraseña inicial para el usuario". Teniendo en cuenta lo anterior, entiende usted que el entregar a un tercero de su contraseña o es una violación a la política de seguridad informática de la compañía?*

Respuesta: *Si señora.*

De la extensa transcripción efectuada, se observa, los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, esto es, la existencia de sobrecostos en la ejecución de proyectos cuya supervisión estaba a cargo del trabajador, hoy demandante, y el haber compartido su usuario y contraseña con un tercero, contrario a lo alegado en la alzada, en efecto ocurrieron, situaciones que se corroboran además con lo dicho en estrados por los testigos RICARDO FAJARDO ÁLVAREZ³ -jefe directo del demandante-, ALBA LUCÍA GALLEGO NIETO⁴ -vicepresidente jurídica de la compañía-, EDWIN JOSÉ SARMIENTO⁵ -profesional de apoyo del demandante-, NIDIA ALEXANDRA RANGEL ROCHA⁶ -vicepresidenta de operaciones, quien a su vez era superior de RICARDO FAJARDO ALVAREZ-.

De hecho, los deponentes fueron consistentes en indicar que las obras adicionales que debieron realizar en los proyectos, obedecieron a situaciones presentadas con los diseños y la falta de previsión de algunas actividades, que conllevaron a adoptar cambios que impactaron el presupuesto y que no contaron con la debida autorización del Comité Ejecutivo y del Comité de Compras, respectivamente, órganos administrativos que en los términos de la norma de compras con que cuenta la sociedad llamada a juicio (folios 191 a 193 y 194 a 207), y atendiendo sus atribuciones, era la llamada a emitir la aprobación respectiva, pero ello no se hizo. Pese a ello, se continuaron las actividades y se llevaron a término los proyectos.

³ Audiencia realizada el 17 de octubre de 2019, récord 34:17, CD folio 255.

⁴ Audiencia realizada el 17 de octubre de 2019, récord 1:18:05, CD folio 255.

⁵ Audiencia realizada el 6 de febrero de 2020, récord 1:11:38, CD folio 277.

⁶ Audiencia realizada el 6 de febrero de 2020. Récord 2:10:52, Cd folio 277.

Así en el proyecto de la Clínica de Barranquilla, se atribuyeron los sobrecostos al cambio del diseño solicitado por la Curaduría urbana de esa ciudad por cuanto los presentados no se ajustaban a las normas urbanísticas de la misma, aspectos que no fueron previstos ni tenidos en cuenta desde el principio, según el demandante por el desconocimiento de esas regulaciones y porque lo que hizo al presentar el proyecto ante el Comité Ejecutivo fue tomar la experiencia de otros proyectos idénticos realizados en Bogotá (según adujo en el interrogatorio) y aunque no estaba a su cargo la realización de esos diseños, pues para ello se contrató un tercero, según expuso incluso en los descargos, si era su función velar por la correcta realización de los mismos, precisándose, era su deber, como supervisor de las obras, garantizar que las autorizaciones se ajustaran incluso a su regulación interna y en esa medida, si era claro –como así lo dijo- que los cambios en el presupuesto tenían que ser autorizados por el mismo órgano de la compañía que lo aprobó, debió constatar la existencia de esas autorizaciones para continuar con la ejecución y no conformarse con la indicación que diera su superior.

Adicionalmente, se encuentra a folios 96 y 97, copia del acta de reunión No. 22 del 12 de julio de 2017, en la cual se consignó que, al preguntársele a Ricardo Fajardo el *“Por qué se ejecutó un presupuesto que no se había autorizado por el Comité”*, contestó que por un error no se solicitó la autorización.

Igual aconteció con el proyecto *“Modernización Archivo”* en el que tampoco se contemplaron ciertas actividades al pasar el proyecto a aprobación, lo cual corría por cuenta del demandante, y no se pidió la autorización ante la entidad competente –Comité de Compras- para realizar ajustes en el presupuesto inicialmente autorizado. Lo anterior, según se advierte de la prueba enunciada al inicio, la diligencia de descargos y lo relatado por los testigos ya mencionados, pese a que también debió pedirse a ese Comité el ajuste del presupuesto conforme la política de compras (folios 191 a 207).

Por otra parte, según la *“política de seguridad informática para usuario final”* (folios 214 a 237), específicamente conforme el numeral 9.3.1, *“las contraseñas no deben ser compartidas o cedidas a terceros, salvo para los identificadores de usuario de emergencia cuentas de servicios y entrega de contraseña inicial para usuario”*. Sin embargo, el demandante aseveró haber compartido la contraseña con EDWIN JOSE SARMIENTO –arquitecto *in house* de la compañía-, último que corroboró esa

información con el testimonio rendido en el proceso⁷, en el que señaló que fue para remitir información atinente a la licitación del proyecto “Centro Médico de Barranquilla”.

Así pues, analizada en conjunto la prueba recaudada, para la Sala, contrario a lo señalado por el recurrente, si se encuentra configurado el hecho atribuido como causal de despido, cosa distinta es, que el demandante considere contar con razones atendibles para justificar su actuar, como era, por ejemplo, el haber informado a su superior jerárquico.

Ahora bien, comprobado cómo se encuentra el hecho que motivó el despido, se procede a verificar si ello se enmarca dentro de las justas causas reguladas por la ley, advirtiéndose, al plenario se incorporó copia del “REGLAMENTO INTERNO TRABAJO ALLIANZ SEGUROS S.A. Y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.” (folios 240 a 257), en cuyo numeral 10 del artículo 60, se estableció como un deber del trabajador, lo siguiente (folio 248 vto.):

“10. Comunicar oportunamente el inadecuado funcionamiento o el inadecuado servicio que detecte que se está presentando por parte de otros trabajadores de la Compañía.”

En ese mismo instrumento, en los numerales 8, 25, 33, 36 del artículo 65 se indicó:

“Además de las expresamente estipuladas en los contratos individuales de trabajo y en los artículos 44 y 49 del presente reglamento, son obligaciones especiales del trabajador las siguientes

(...)

8. Comunicar oportunamente a la Compañía las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios, especialmente si se trata de información que sea de especial importancia para la Compañía, sin importar si se tratan de órdenes o instrucciones de un superior jerárquico y que a su juicio contradiga las políticas de la Compañía o tiendan a causarle perjuicios a la misma

(...)

25. Reportar inmediatamente cualquier situación de la cual tenga conocimiento y que pueda significar un perjuicio para la compañía o para alguno de los clientes a los cuales les preste un servicio al interior de la Compañía o para alguno de los clientes de los cuales les preste un servicio.

⁷ Cd folio 277, récord 1:11:38.

33. Utilizar de manera adecuada el Internet, las contraseñas, las licencias de software, únicamente para los fines propios de la labor desempeñada

36. Manejar adecuadamente las contraseñas, códigos de ingreso, y otros que le hayan sido entregados por la Compañía.

54. Ajustar su conducta en todo momento al cumplimiento de las políticas de la Compañía, así como de las leyes gubernamentales que le sean exigibles.”

El párrafo de ese mismo artículo estableció que “*el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas podría considerarse como una falta grave que podría a su vez dar por terminado el contrato de trabajo con el trabajador con justa causa*” (folio 251 vto.).

Por su parte, en el artículo 71 del RIT, se determinaron como faltas graves “7. *Autorizar o ejecutar operaciones que no están comprendidas en el ejercicio de sus funciones y que afectan los intereses de la compañía.*

Adicionalmente, al expediente se arrimó copia del código de conducta, en cuyo numeral “*principios orientadores*” se estableció como un deber del empleado “*velar por el cumplimiento de las normas, políticas, procedimientos y directrices de las Compañías*” (folio 228 vto.). asimismo, en el numeral 2 “*disposiciones generales*” que “*la firma o aprobación de cualquier operación, transacción o negocio, exige que la persona o empleado que la suscribe o autoriza, la haya verificado previamente para determinar su legalidad, certeza, corrección y adhesión a las normas y políticas de las Compañías*” (folio 229)

Igualmente se contempló dentro de las “*consecuencias del incumplimiento*” que “*toda actuación, omisión, acto o comportamiento que sea contrario a las disposiciones de las Compañías contenidas en reglamentos, circulares, manuales, instrucciones, así como a lo estipulado en el presente código de conducta se considerará como falta grave y por tanto meritoria de la aplicación de sanciones disciplinarias contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y el Código Sustantivo del Trabajo, que puede llevar incluso a la terminación del contrato de trabajo con justa causa*” (folio 235 vto.)

Ahora, aunque en la alzada se desconoce el cumplimiento del reglamento interno de trabajo y el código de conducta, no debe perderse de vista que mediante otrosí suscrito el 30 de octubre de 2013 entre las partes (folio 87) se pactó:

*“CLÁUSULA ADICIONAL: CUMPLIMIENTO NORMATIVO: El trabajador se obliga a observar las disposiciones, principios éticos, deberos y obligaciones incorporados en el Código de Conducta del Grupo Empresarial Allianz Colombia, el cual forma parte integrante de este contrato de trabajo y que le ha sido entregado al momento de su ingreso. El trabajador se obliga a cumplirlo como parte de sus obligaciones contractuales y acepta **que cualquier violación al mismo sea considerada como una falta grave, para efectos laborales.** (...)”*

Frente al contenido del reglamento interno de trabajo, no puede perderse de vista que este instrumento, en los términos del artículo 107 del C.S.T., hace parte del contrato individual de trabajo.

Cabe señalar, para solventar algunos de los reparos formulados por el recurrente, respecto de los motivos invocados en la carta de finalización de la relación laboral, que al quedar demostrada su efectiva ocurrencia, corresponde al juzgador enmarcar la conducta dentro de las causales previstas en la ley como justa causa de despido, observando si las partes directamente calificaron o no esa conducta como falta grave, no siendo necesario que se citen o se señalen inequívocamente las normas que en que se subsumen los hechos que justifican la decisión, pues basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador, correspondiéndole al juez verificar si los mismos están o no tipificados en la ley como justa causa.

En ese sentido lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 2123 de 2020⁸, en la que señaló:

⁸ De antaño, el Alto Tribunal de esta jurisprudencia ha reiterado que: “*el patrono debe manifestar en forma expresa e inequívoca los motivos concretos que tenga, o la causal o causales que invoque para prescindir de los servicios de un trabajador, cuando quiera que vaya a dar por terminado unilateralmente el contrato de acuerdo con lo establecido por el artículo 7º aparte a) del Decreto Legislativo 2351 de 1965 y que esa manifestación debe hacerla en el momento mismo del fenecimiento del contrato, para que sea válida, según lo enseña el parágrafo de dicho precepto.*”

Indicar los hechos motivantes del despido o decir la causal legítima invocada para ese proceder son las dos formas igualmente eficaces para que el patrono ha de emplear si quiere dar por terminado unilateralmente el contrato en las hipótesis previstas por el artículo 7º aparte a) del decreto Legislativo 2351 de 1965. **Pero se acomoda de manera más estricta a los dictados de la lealtad con su contraparte el uso de la primera de tales formas, pues le permite mayor amplitud en su defensa ante los jueces al despido, ya que es más sencillo contraprobar sobre hechos concretos que respecto de causales abstractas en la ley**” Sentencia del 27 de octubre de 1977.

Del mismo modo, en sentencia del 12 de noviembre de 1986, expediente 625, asentó: “*Es verdad que el numeral 2º de dicha disposición se consagra como justa causa para dar por terminado el contrato “todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o gravo indisciplina en que incurre el trabajador en sus labores contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo” pero también es*

“Debe aclararse que, aunque la sociedad demandada no citó la norma en que subsumió los hechos, ello no era un imperativo conforme lo tiene adoctrinado la sala, pues bastaba con identificar los motivos concretos que se le imputaron al trabajador y que dieron lugar a su despido, correspondiéndole al juez verificar si los motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento. Al respecto en sentencia CSJ SL 22041, 1º jun. 2004, se precisó:

Acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vínculo laboral, la Sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que se subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual [...].

(...)”

En ese orden, en los términos de la jurisprudencia a la que se ha hecho mención, es posible que se enmarque la situación descrita en cualquier otro incumplimiento a las obligaciones o prohibiciones del trabajador.

Así pues, en sentir de la Sala la conducta que motivó el retiro del trabajador se encuadra en lo previsto en el numeral 2 del código de conducta y en las demás obligaciones trascritas por la Sala contenidas en el reglamento interno de trabajo, pues en la realidad, el demandante ejecutó proyectos sin verificar previamente si *“se adhería a las normas y políticas de la compañía”*, en tanto, era bien sabido por este que quien debía aprobar las modificaciones en los presupuestos de los proyectos cuya supervisión tenía a cargo, era el mismo órgano que lo autorizó, lo cual no ocurrió ni por su directa intervención ni la de su jefe directo, precisándose, en la diligencia de descargos, el actor indicó que conforme las políticas de la empresa, ello debía hacerse así.

En este punto se insiste, lo indispensable es que en la carta de despido se señalen los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador, precisando, el

cierto que, conforme al parágrafo del mismo artículo, la parte que hace cesar el contrato debe expresar en el momento de la terminación, sin que posteriormente pueda invocar razones o causas distintas.

Si fuera permisible que en la carta de despido sólo se enumeran las causales (sic) genéricas que traen el código o una determinada disposición para dar por fenecido justamente el contrato de trabajo, tendría la parte que despidió tanta amplitud para hacer encajar dentro de esas causales y ya en el juicio, cualquier comportamiento, actitud o manifestación de la parte afectada, que podría equivaler o justificar el despido con posterioridad a su realización, lo cual es a todas luces inadmisibles”

empleador cumple con esa carga describiendo lo discutido en la diligencia de descargos sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar de los incumplimientos achacados, lo cual demuestra que las partes conocen de los hechos en que se funda la decisión de terminar unilateralmente el contrato laboral.

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, los que en los términos del numeral 6 del literal a) del artículo 62, como ya se dijo, constituyen una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es que a través del código de conducta y del reglamento interno de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el código de conducta, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida⁹, tal y como acaeció en autos.

Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, en que con la comisión de la conducta se haya o no conseguido un provecho indebido, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2828 del 4 de agosto de 2020, expuso:

*“Lo expresado al resolver el recurso de casación en torno al despido del promotor del proceso, resulta suficiente para tener por contestado el recurso de apelación presentado por la parte demandada y considerar que, al encontrarse demostrado el hecho del despido plasmado en la carta de terminación, **le correspondía a ésta acreditar su justificación, carga procesal que, como quedó visto a lo largo del análisis en casación, fue cumplida, ya que los motivos allí invocados fueron debidamente acreditados y constituyen una justa causa de despido.**”*

⁹ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)”

En efecto, de acuerdo con la causal de la parte A del numeral 6 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 62 del CST, se consagra como justa causa la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo a los artículos 58 y 60 del CST, calificación que, este caso, se hizo en el artículo 59 del Reglamento Interno de Trabajo, al haberse consagrado que, constituye falta grave la violación grave o reiterada por parte del trabajador de las prescripciones de orden, de las obligaciones especiales o prohibiciones legales, reglamentarias o contractuales. Circunstancia que impide a la Corte realizar una valoración sobre la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que le fueron atribuidas y que se demostraron frente al trabajador, por cuanto las partes previamente así lo estatuyeron.” (Negrilla y subraya de la Sala).

De tal suerte, que el extremo pasivo cumplió con la carga probatoria al demostrar que el actor incurrió en dicha falta grave, contemplada en el Reglamento Interno de Trabajo, por lo que habrá de confirmarse la sentencia en este punto.

Finalmente frente a la oportunidad, se tiene que la demandada se enteró de los sobre costos en la ejecución, según lo relatado por ALBA LUCÍA GALLEGU NIETO – Vicepresidente jurídica de ALLIANZ- y SANDRA LIZETTE CASTELLANO ROZO¹⁰ -Abogada in house al servicio de ALLIANZ- hasta el mes de junio de 2017 cuando el demandante regresa firmado un otrosí que adiciona el contrato celebrado con la firma Rugeles que ejecutó el proyecto “Centro Médico de Barranquilla” con una serie de inconsistencias frente a valores y porcentajes que llamaron la atención de GALLEGU NIETO, particularmente porque se percató que el valor allí consignado excedía lo aprobado en el Comité Ejecutivo el cual integraba, por lo que a partir de allí se inició una investigación que duró aproximadamente mes y medio, razón por la cual, se considera que entre el conocimiento de la demandada de la comisión de la conducta por parte del trabajador y la decisión el despido, transcurrió un plazo razonable.

Así, se logra establecer que desde el momento en que el empleador tuvo conocimiento de la actuación que consideró irregular por el demandante, adoptó las medidas necesarias para finiquitar el contrato; esto es, investigó la situación, buscó la versión del implicado y finalmente, lo dio por terminado con invocación de una causa justa, en un tiempo razonable y prudente, se insiste, desde el momento de los hechos.

¹⁰ Cd folio 283, audiencia del 26 de noviembre de 2020, récord 3:54.

De lo que viene de exponerse, no hay lugar a revocar la sentencia apelada en este punto.

En tal sentido, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

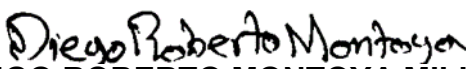
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

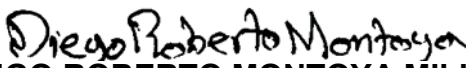
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR POSITIVA COMPAÑÍA
DE SEGUROS S.A. CONTRA RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. –
COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA (RAD. 21 2017 00666 01).**

Bogotá D.C., Diecinueve (19) de marzo dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 422 a 431 y 433), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de agosto del 2020 (Cd. Fl. 416 Audiencia virtual, record: 1:00:32, acta a folio 417), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción.

SEGUNDO: CONDENAR a Riesgos laborales COLMENA S.A. compañía de seguros de vida a realizar el reembolso a Positiva compañía de seguros S.A. de las prestaciones pagadas a los afiliados que se exponen a continuación:

1. Edwin Gasca Torres, por la suma de \$1.779.762,47.
2. Gloria Esperanza González Ayala por la suma de \$361.654,73
3. Ana de Dios Palacios por la suma de \$641.692,53
4. Ana Milena Castro por la suma de \$1.702.180,30
5. Ana Olimpia Jiménez Ayala por la suma de \$837.543,41
6. Luz Marina Vera por la suma de \$612.550,43
7. María Cristina Ardila Sanabria por la suma de \$1.510.478

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de improcedencia del cobro de intereses moratorios y de los demás efectivos conforme a la parte motiva.

CUARTO: ORDENAR el pago de la indexación de las sumas ordenadas en el numeral segundo conforme a lo señalado.

QUINTO: ABSOLVER a Riesgos Laborales Colmena compañía de seguros de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** a la parte demandada a favor de la parte demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.”

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, la parte actora frente a los 12 casos en que se absolvió, expresando en su sentir sí se probó el tiempo de exposición para cada uno de los afiliados con el formulario de calificación por ellos elaborado, en el cual como antecedente se puede evidenciar que existen calificaciones realizadas por la ARL COLMENA y por las EPS, indicando que en efecto tales documentos no van acompañados de las pruebas a las hacen referencia los antecedentes de cada afiliado, por cuanto tales misivas fueron emitidas por fuera de la afiliación a Positiva y no toda la información fue entregada por Colmena al momento del traslado entre ARL, por tanto indica Positiva tuvo que emitir unos dictámenes de calificación de origen que gozan de toda la presunción de legalidad, proferidos como soporte para poder dar cobertura y autorizar las prestaciones asistenciales y económicas que esos afiliados tuvieron, razones por las cuales en algunos casos no se acompaña con otros dictámenes que expresen de forma exacta la exposición al riesgo, pero ello no significa que no exista responsabilidad de una u otra ARL, precisando que en todo caso Colmena al aceptar la afiliación acepta que hubo una exposición al riesgo, reiterando que si el equipo interdisciplinario que calificó la patología no dejó expresamente detallado el tiempo de exposición ello no puede ser una camisa de fuerza para otorgar la prorrata.

Finalmente, frente al caso de la señora LUZ MARINA VERA solicita se verifique lo atinente a la pretensión encaminada al reconocimiento de una incapacidad permanente parcial pues considera se cumplen los presupuestos para que sea condenada Colmena al pago de esa IPP. (Cd fl. 416, record: 1:02:13)¹

¹ “Gracias señora juez, me permito respetuosamente interponer recurso de apelación de forma parcial respecto de la sentencia que se acaba de proferir bajo los siguientes fundamentos:

En primer término compartimos el análisis del marco normativo que realiza la señora juez del recobro, compartimos también plenamente los requisitos en los cuales o los cuales respecto a la sentencia se deben probar para ser exitosos una acción de recobro y compartimos los lineamientos plenamente las consideraciones que tiene la señora juez para determinar la responsabilidad de la demandada respecto si mal no estoy sus 7 afiliados a través del análisis de la afiliación, de la calificación de primera oportunidad como elemento fundamental y como materialización de un riesgo, de un riesgo que pasa de ser incierto a

La ARL COLMENA por su parte aduce en relación con la señora LUZ MARINA VERA que su enfermedad profesional no se reportó durante la afiliación a Colmena, por lo que la certificación aportada por concepto de incapacidad parcial y temporal únicamente hace referencia a la generación de la prestación sin que en ella se evidencie el soporte de cancelación al afiliado y la fecha del pago, igualmente tampoco se aportó una evidencia de la razón del pago de la

cierto y la prorrata que realiza la señora juez en esos elementos compartimos plenamente las consideraciones de la sentencia al igual de los temas del pago o el cumplimiento del pago de las prestaciones o del soporte de las prestaciones es un elemento que nosotros también nosotros compartimos.

Sin embargo respecto de los doce casos en primer término el recurso de apelación parcial iría encaminado a referir que frente a los doce casos que la señora juez otorga absolución a Colmena bajo el argumento que no se demostró probatoriamente que existiera un tiempo de exposición atribuible a Colmena seguros por lo menos un tiempo de exposición cierto, nosotros consideramos que ese tiempo de exposición si existe y que se encuentra probado dentro del proceso, en muchos de los casos la señora jueza hace referencia a un formulario de calificación de positiva seguros formulario en el cual como antecedente pues se puede evidenciar que existen unas calificación realizadas por la demandada Colmena seguros o por Eps en su momento y que ese formulario no se acompaña de esas afirmaciones o de esos antecedentes que están inmersos en ese documento. Frente a eso nosotros pues primero somos conscientes que en algunos casos esos documentos no van acompañados de lo que se refiere a los antecedentes por la sencilla razón que esos documentos fueron emitidos fuera de vigencia de afiliación de positiva es decir como bien incluso lo anota la señora juez que fueron documentos que se emitieron incluso por la ARL colmena o por la Eps de afiliación de ese momento y a los cuales positiva no tuvo acceso ¿Por qué no tuvo acceso? Porque en virtud de traslado entre ARLs Colmena entrego información no a positiva pero desafortunadamente en muchos casos por el motivo que fuese no fue entregada información completa a la ARL positiva, por lo tanto positiva tuvo que emitir unos dictámenes de calificación de origen que pues en efecto gozan de toda la presunción de legalidad que la señora juez lo llama como formulario de calificación que entendidos legalmente son unos dictámenes de calificación que fueron emitidos por positiva dado que al no tener otro soporte positiva tuvo que emitir un dictamen de calificación con los antecedentes que Colmena le pudo entregar para poder darle cobertura y autorizar las prestaciones asistenciales y económicas que esos afiliados tuvieron, esto se hace porque de no tener ese documento positiva no tendría un documento de soporte que le permitiera, al ser recursos públicos, que le permitiera brindar esas prestaciones económicas o asistenciales, esa es la razón por la cual en algunos casos no se acompaña ese dictamen de positiva con otros dictámenes lo que se ha visto en la práctica y lo que consideramos legalmente es que incluso pues se puede tener en cuenta estos antecedentes porque evidentemente Colmena al aceptar la afiliación de tiempo pasado (sic) pues hubo una exposición en riesgo y claramente como se le preguntaba al representante legal de Colmena ellos afilian pues riesgos laborales no afilian riesgos comunes y si los equipos interdisciplinarios ya sea de las ARLs, de las Eps o de las juntas de calificación encontraron probada una enfermedad laboral, eso significa que hacia el pasado necesariamente tuvo que haber una exposición al riesgo tal como lo confirmo incluso el doctor Bernardo Torres testigo de la demandada, en ese orden de ideas somos conscientes que en algunos casos los dictámenes de calificación pueden que no indiquen de forma exacta los tiempos de exposición al riesgo lo cual no significa que este no exista o que no exista responsabilidad de una u otra ARL reitero que positiva nunca se ha negado a hacer una prorrata y nunca se ha negado a asumir la responsabilidad en lo que le toque , pero evidentemente respecto a estos casos quedaríamos en una indefinición pues Puedo estar afiliado mucho años con colmena y también puedo estar afiliado con positiva pero el único que va responder o el único responsable sería positiva, ya que el equipo interdisciplinario que califico la patología no dejo expresamente detallada el tiempo de exposición y tenemos que esto no puede ser una camisa de fuerza para otorgar la prorrata, incluso que podría realizar con los tiempos de afiliación siempre teniendo como elemento clave como lo evidencio la señora juez por el dictamen de primera calificación pues en ese orden de ideas yo le solicito en primer término al tribunal de que revise nuevamente estos doce casos, puesto que consideramos que colmena si tiene una responsabilidad respecto a ellos.

En segundo término frente al caso de la señora Luz vera solicito al tribunal que también verifique lo atinente a la pretensión encaminada al reconocimiento de una incapacidad permanente parcial toda vez que consideramos que se cumplen los presupuestos para que sea condenada Colmena al reconocimiento de esa IPP y más cuando se encontró probado dentro de los siete caso siendo este uno la responsabilidad de la ARL Colmena, En ese orden de ideas le solicito al tribunal se verifique la absolución de colmena respecto a esa IPP, en ese orden de ideas dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias señora juez.”

incapacidad de ésta afiliada, ni cuál fue el diagnóstico y si se está en presencia de igualdad con las patologías objeto de diagnóstico o cobertura parcial por parte de Colmena, manifestando que la falta de acreditación fehaciente del pago de las prestaciones que son recobradas da lugar a la exoneración de Colmena ya que en los costos de esos servicios aprobados a los trabajadores no se podía identificar si correspondía a la enfermedad y al riesgo objeto de calificación.

Igualmente expresa, en relación con ésta afiliada que el dictamen emitido por la NUEVA EPS el 24 de septiembre del 2010 se dio en tiempo posterior a la desafiliación de la trabajadora a Colmena, argumentando la estructuración de la invalidez es del 10 de agosto del 2012 cuando la afiliación de la trabajadora finalizó el 30 de septiembre del 2005, por lo que le corresponde a Positiva asumir los valores otorgados por incapacidad, indicando frente a María Cristina Ardila la misma situación para su absolución, como también que tampoco se probó frente a ésta la razón del pago, el diagnóstico y la igualdad de patologías objeto de diagnóstico.

Por otro lado señala que durante la afiliación de los trabajadores Edwin Gasca Torres, Ana de Dios Palacios y Ana Olimpia Jiménez Ayala su representada procedió al pago de las prestaciones que requirieron para lograr su rehabilitación, por lo que se debe exonerar de su condena. Advirtiendo los señores Ana Olimpia Jiménez y Guillermo Hernández no probaron la totalidad de las enfermedades laborales solo algunas de ellas.

En cuanto a los valores en que se condena por Edwin Gasca, Gloria Esperanza González, Ana de Dios Palacios, Luz Marina Vera y María Cristina Ardila Sanabria, indica que las facturas aportadas no sustentan el valor total que es recobrado solicitando se reduzca la condena.

En relación con la excepción de compensación, expresa COLMENA ya asumió el riesgo que materializó frente a los trabajadores que integran la demanda en cuanto dichos valores sobre los cuales están siendo recobrados fueron tenidos en cuenta dentro de los cálculos del periodo de 01 de octubre del 2014 al 30 de septiembre del 2015 por lo que no se puede obligar a cubrir en doble oportunidad lo que ya fue compensado.

Sobre la indexación, considera no ser procedente por cuanto no se puede aplicar una sanción por la inactividad de la sociedad demandante quien con anterioridad al presente proceso no elevó ningún tipo de reclamación ante Colmena.

Finalmente, aduce que la condena en costas se debe realizar conforme al Acuerdo 16-16-105524 del 05 de agosto del 2016 el cual resulta aplicable al presente proceso. (Cd fl. 416, record: 1:11:09)²

² “Gracias señora juez de manera muy respetuosa interpongo recurso de apelación en contra la sentencia que se acaba de proferir, manifestando en primer lugar que no es correcto como lo ha expuesto positiva a lo largo de esta actuación procesal equipar el tiempo de afiliación con el tiempo de exposición al riesgo en ese sentido el testigo Torres fue claro en su declaración en manifestar que no era técnicamente posible que estos términos estuvieran equiparados como quiera que pueda a ver factores que puedan hacer que el riesgo se enerve (sic) o que se exacerbe (sic) igual, como fue expuesto en los alegatos de conclusión.

Sobre este argumento quisiera poner de presente al tribunal que en sentencia del 06 de agosto del 2019 en el proceso ordinario con el radicado 2019 154 se determinó que la exposición al riesgo no es un asunto que pueda probarse teóricamente ni que genéricamente debe probarse de manera clara y certera para el caso concreto conforme a las pruebas científicas del caso la, simple mención que se hace por decreto a los riesgos que se hacen a los trabajadores de ciertas áreas no es prueba de exposición al riesgo que se haya dado en el caso concreto, para el caso concreto debe probarse la exposición al riesgo con las pruebas científicas del caso como son las anotaciones de la historia clínica y los dictámenes de calificación como en este caso lo tuvo en cuenta el despacho y por lo cual se exonera a mi representada del pago de doce de 19 casos que integran la demanda, de tal modo que ante la carente actividad probatoria de la demandante no podía este despacho y así lo hizo ni tampoco lo puede hacer tribunal suplir la carga procesal que le fue impuesta por el artículo 167 del CGP pues de acuerdo lo ha reconocido la corte suprema de justicia en sentencia del 28 de mayo del 2010 en al cual señalo “*al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia por lo que ello sea tanto como permitir sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan por ello la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer a juicio de manera oportuna y conforme con las puntualidades del caso los elementos probatorios estimados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron o que son del modo como se presentaron todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan*” Así es claro que se debía proceder a la exoneración de las pretensiones de la demanda esto frente a los doce casos que fueron exonerados mi representada.

Ahora bien también debe tenerse en cuenta y para ello para confirmarse la decisión frente a la exoneración de estos doce casos que conforme lo dijo el tribunal en sentencia del 14 de noviembre del 2019 con ponencia del doctor Eduardo Carvajallino analizando un caso similar al que nos convoca y que cursaba bajo radicado 2017 664 se dijo que la falta de acreditación fehaciente del pago de las prestaciones que son recobradas en dicha oportunidad dio lugar a la exoneración de colmena ya que los costos de esos servicios aprobados a los trabajadores no podía ni identificar a los trabajadores para que efectivamente hubieran realizado el pago de la prestación y fiel concepto recordado corresponde a la enfermedad y riesgo objeto de calificación así mismo lo que atañe a incapacidad permanente o parcial el cual se encuentran siendo recobradas respecto a la trabajadora luz marina vera, trabajadora que se reitera no reporto enfermedad profesional durante su afiliación a colmena, dijo en su oportunidad el tribunal que la certificación aportada por la actora únicamente hace referencia a la generación de la prestación sin que en ella se evidencie soporte de cancelación del afiliado y la fecha que se realizó dicho pago, en el mismo sentido frente al recobro de subsidio por incapacidad temporal igualmente que se encuentra haciéndose sobre la trabajadora Vera y sobre la Trabajadora María cristina Ardila sobre la cual se profirió condena hacia mi representada de acuerdo a la sentencia que se ha venido citando el tribunal considero que si bien se aportó un reporte global de las incapacidades en dicho documento no se evidencia la razón del pago, cual fue el diagnóstico y si está presente igualdad con las patologías objeto del diagnóstico o cobertura parcial por Colmena situación que se extiende a este caso, por estas razones se debe proceder a la exoneración de Colmena seguros.

Además deberá considerar el tribunal que no era posible condenar a colmena seguros ni siquiera de manera proporcional en los casos que enuncio a continuación en el caso de luz marina vera se tiene que la

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del extremo demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 27 a 38 del escrito de demanda, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos

trabajadora no reporto enfermedad profesional, adicionalmente se indica que en el dictamen que fue emitido por la nueva Eps el 24 de septiembre del 2010 este fue emitido en tiempo posterior a la desafiliación de la trabajadora a Colmena, en estos casos también se deberá exonerar de la condena que le fue impuesta a mi representada como quiera que durante la afiliación de los siguientes trabajadores mi representada procedió al pago de las prestaciones que requirieron dichos trabajadores para lograr su rehabilitación este es el caos de Edwin Gasca Torres, Ana de Dios Palacios, Ana Olimpia Jiménez Ayala y ya esos serían los tres casos. En los caso de Ana Olimpia Jiménez y Guillermo Hernández sobre los cuales no se profiere condena la inconformidad de mi representada no solo yace en el que colmena no solo en el caso de la señora Jiménez solo probó la enfermedad del manguito rotador y epicondilitis lateral y no sobre las enfermedades de túnel de Carpio y tendinitis extensores y flexo extensores bilaterales y en el caso de Guillermo Hernández solo probó el caso de discopatía L3 y L4 y lumbalgias secundarias y la enfermedad de epicondilitis lumbar .

En cuanto a los valores en que se condena a mi representada en los casos de Edwin Gasca, Gloria Esperanza González, Ana de Dios Palacios, Luz Marina Vera y María Cristina Ardila Sanabria se tiene que las facturas aportadas no sustentan el valor total que es recobrado y en ese sentido se deberá reducir la condena.

Finalmente en el caso de la señora luz marina vera tampoco se anticipó frente a los recobros de la indemnización por incapacidad permanente y parcial y el subsidio por incapacidad temporal, frente al primero hay y que tener en cuenta que el dictamen frente al cual se sustenta en las pretensiones de la demanda es inoponible a mi representada y en todo caso de tenerse como valido debe tenerse en cuenta de que ese se determinó que al fecha de estructuración de la invalidez es de 10 de agosto del 2012 cuando la afiliada, cuando la afiliación de la trabajadora había finalizado esto es el 30 de septiembre del 2005, en el caso de subsidio por incapacidad temporal si bien se reclama que frente a Luz Marina Vera y la trabajadora María Cristina Ardila frente a las cuales se profiere condena se debe entender que en estos casos corresponden a una noción de temporalidad es decir que corresponde a la ARL a la cual se encontraban afiliadas las trabajadoras al momento de concretarse el riesgo de enfermedad o accidente que da lugar a la imposibilidad temporal de desempeñar la actividad profesional, de tal manera que al haberse presentado dichas circunstancias durante la afiliación a positiva será este el encargado de asumir dichos valores.

Otro de los reparos en los que se debe tener presente sobre el caso que se acaba de proferir es el de negar el mecanismo de negar la excepción de compensación por virtud de la cual mi representada ya asumió el riesgo que se materializo frente a los trabajadores que integran la demanda en cuanto dichos valores sobre los cuales están siendo recobrados fueron tenidos en cuenta dentro de los cálculos de la semestralidad que fue ordenada por la compensación en el periodo de 01 de octubre del 2014 al 30 de septiembre del 2015 en tanto comprendidos las prestaciones por las cuales se está condenando a mi representada y de mantenerse el fallo en esa forma se estaría obligando a mi representada a cubrir en doble oportunidad lo que ya fue compensado mediante el decreto (sic).

En cuanto la indexación solicitamos al tribunal que no se ordene la indexación de dichas sumasen la que su reconocimiento implica poner a mi representada un tipo de sanción por la inactividad de la demandante quien con anterioridad al presente proceso no presento ningún tipo de reclamación a mi representada y a partir de la cual en ese momento se pudiese determinar la viabilidad del presente recobro y en consecuencia se sometió a mi representada al tiempo a que el demandante activo el aparato jurisdiccional para iniciar el presente recobro.

Finalmente frente a las costas solicito al tribunal que estas sean de acuerdo con conformidad al acuerdo 16-105524 del 05 de agosto del 2016 el cual resulta aplicable al presente proceso, en estos términos dejós expuesto el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir.”

expuestos a folios 1 a 57, solicitando se condene al reembolso por 19 afiliados de los gastos asumidos por concepto de prestaciones asistenciales y/o económicas a prorrata y por el tiempo en que estuvieron expuestos al riesgo o en subsidio con el porcentaje que se establezca durante el trámite del proceso, junto con los intereses moratorios desde el día en que Positiva realizó cada uno de los pagos y el día en que se efectúe el reembolso o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita*, costas del proceso. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus peticiones**, tras considerarse que conforme el artículo 1° de la Ley 776 de 2002, la demandada debe asumir el reembolso de los dineros solicitados por concepto de prestaciones asistenciales y/o económicas, en proporción al tiempo que afilió a cada uno de los trabajadores, con anterioridad a la emisión del dictamen, de los señores Edwin Gasca Torres (\$1.779.762,47), Gloria Esperanza Suarez (\$361.654,73), Ana de Dios Palacios (\$641.692,53), Ana Milena Castro (\$1.702.180,30), Ana Olimpia Jiménez (\$837.543,91), Luz Marina Vera (\$612.550,43) y María Cristina Ardila (\$1.510.478), declarando frente las facturas radicadas antes del 31 de octubre del 2014 (*3 años antes de la interposición de la demanda*) probada la excepción de prescripción, absolviendo del recobro presentado frente a los restantes 12 afiliados tras considerar que si bien se logró demostrar la existencia de una enfermedad laboral, lo cierto es que no se allegaron los elementos probatorios suficientes para dilucidar el tiempo de exposición del riesgo frente a la entidad demanda ARL COLMENA, carga que correspondía a POSITIVA, entidad que reclama el derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., y por ende, en relación a tales afiliados consideró no existir la entidad suficiente para condenar. En relación con los intereses moratorios expresó no existir norma que disponga su reconocimiento por lo que ordenó la indexación de las sumas adeudadas.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En ese orden de ideas, con el fin de resolver las inconformidades planteadas por las partes, se abordará en primer lugar el recurso propuesto por la demandada

COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA, quien busca la revocatoria de la decisión, en los siguientes términos:

Frente a la afiliada LUZ MARINA VERA CHICUASUQUE manifiesta que en relación con al recobro por incapacidad temporal y la incapacidad permanente parcial no se reportó una enfermedad profesional durante su afiliación a Colmena y que en todo caso la certificación aportada únicamente hace referencia a la generación de la prestación sin que en ella se evidencie soporte de cancelación al afiliado, la fecha en que se realizó el pago, la razón del pago, cual fue el diagnóstico y si esta se generó por las patologías objeto de diagnóstico o cobertura, último argumento que también dirigió en relación con la incapacidad recobrada por MARIA CRISTINA ARDILA.

De este modo lo primero que ha de señalarse es que el hecho de que la enfermedad profesional de la señora VERA CHICUASUQUE no se haya determinado o calificado en vigencia de la afiliación de la trabajadora a la ARL COLMENA, no significa que ésta pueda sustraerse del pago de las obligaciones que por ley corresponden, puesto que conforme lo señala Ley 776 del 2002 art. 1, todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas, reguladas en el Decreto 1295 de 1994 (art. 5), entre las cuales se encuentra la incapacidad temporal objeto aquí de recobro.

La normatividad recién citada, contempla que los trabajadores que fueron diagnosticados con una enfermedad laboral tienen derecho a las prestaciones asistenciales y económicas contempladas en la ley, las cuales serán cubiertas por la ARL a la que éstos se encuentren afiliados, al momento en que los mismos requieran dichas prestaciones, en ese orden para efectos de determinar las contingencias sufridas por el trabajador, se establecieron dos trámites de calificación, el primero que tiene como finalidad establecer el origen de la enfermedad que afecta al trabajador y el segundo para evaluar el grado de afectación o disminución de la capacidad laboral del afiliado.

En ese orden, en el dictamen se establecen las causas y el tiempo de exposición a los riesgos que dieron lugar a la configuración del estado desfavorable del trabajador, para que una vez se haya determinado el origen, se trámite la pérdida de capacidad laboral y/o el grado de afectación ocupacional del empleado y de esta manera el mismo pueda acceder a las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema General de Riesgos Laborales a su favor.

De lo anterior se puede concluir entonces que entre el trámite de calificación de origen y el momento de requerir las prestaciones asistenciales existe un período de tiempo en el cual pueden variar las situaciones laborales de la persona, que determinen el traslado de sus riesgos a otra administradora de riesgos laborales, por ello puede suceder que todo el tiempo de exposición al riesgo y el dictamen de calificación de origen se surtan mientras el trabajador se encontró afiliado a una administradora de riesgos y que, al momento de requerirse las prestaciones, éste se encontrare asegurado por una administradora diferente, o que el tiempo de exposición al riesgo se haya presentado tanto en la primera administradora de riesgos, como en la segunda, pero las prestaciones fueran solicitados durante la afiliación con esta última.

No obstante y para ambos casos, en lo que tiene que ver con el tema del reembolso por el pago de dichas prestaciones económicas el Decreto 1771 de 1991 dispuso en su artículo 5, lo siguiente:

“ARTÍCULO 5. REEMBOLSOS ENTRE ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES. Las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional, serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos profesionales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, o de adquirir el derecho a la prestación económica.

*La entidad administradora de riesgos profesionales que atienda **las prestaciones económicas** derivadas de la enfermedad profesional, **podrá repetir** por ellas, **contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección**, y de ser posible, en la función de la causa de la enfermedad.*

*La entidad administradora de riesgos profesionales que asuma **las prestaciones económicas**, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes (negrilla y subraya fuera del texto).*

Igualmente el inciso 2° del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002³ contempló que la administradora que asuma el pago de las prestaciones, podrá repetir contra aquella otra entidad a la que el trabajador hubiese estado afiliado con anterioridad, siempre de forma proporcional al tiempo de exposición a los riesgos, ello en aras a que al empleado y afiliado al sistema de riesgos laborales no se le obstaculice el acceso a las prestaciones que le asisten por trámites interadministrativos, pero en ningún caso pretendió desligar a las administradoras de su obligación de cubrir y asumir los riesgos de quienes fueron sus afiliados, por los que recibieron además como contraprestación el pago de una cotización.

Así entonces, como ya se indicó puede suceder, que el trabajador estuviera expuesto a un riesgo, que derivó en una enfermedad laboral y que se le calificara el origen, mientras se encontraba afiliado en una ARL, y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral y la reclamación de las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de su estado, hayan sido promovidas mientras el empleado se encontrara afiliado en otra administradora diferente, caso en la cual es la misma ley la que faculta a la última ARL para recobrar a la primera.

En tal sentido, se expidió el Decreto Reglamentario 1072 de 2015, que en su artículo 2.2.4.4.5, recopiló lo ya consagrado por el Decreto 1771 de 1994, en lo relativo a la forma en que debe establecerse la prorrata para este tipo de figura, señalando de forma textual que *“La entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección”*, en otras palabras, por el tiempo que la persona se encontró afiliados con ellos.

³ **ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.**

(...)

PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

En este orden de ideas y dilucidado lo anterior, se aclara a la recurrente que la Juez de primera instancia únicamente incluyó en la condena impartida el valor recobrado por concepto de INCAPACIDAD TEMPORAL, esto es, la suma de \$558.397 (carpeta No. 11, folio 111), más nada indicó sobre la Indemnización por Incapacidad Permanente Parcial, razón por la cual y en orden a desatar la apelación frente al pago de la incapacidad temporal dado a la señora LUZ MARINA VERA ha de precisarse a efectos de que sea dable reconocer las prestaciones económicas, a cargo de una entidad, es imperativo que exista una relación entre la patología que dio origen a la prestación, y la que fue objeto de pago, pues de lo contrario, es la entidad administradora de riesgos laborales en donde se encuentra afiliado el trabajador, la llamada a asumir las prestaciones que puedan surgir.

En cuanto a la prueba del pago de la **Incapacidad Temporal**, se encuentra en la Carpeta de anexos No. 11 de LUZ MARINA VERA una certificación emitida por Positiva S.A. -Gerente de Indemnizaciones- donde se pone de presente el reconocimiento prestacional por la suma de \$558.397 (fl. 111); y un “*Reporte de Incapacidades Temporales Liquidadas por Afiliado*” también expedido por Positiva (fl. 112), documentos frente a los que es necesario aclarar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la de Rad. 35986 del 11 de mayo de 2010 y SL753 del 2020, ha establecido que es sabido que nadie puede favorecerse de su propio dicho, ni construir su propia prueba, de modo que, para su acreditación requieren ser corroboradas con otros medios de convicción, sin embargo no se evidencia constancia efectiva de que POSITIVA S.A. cubriera la prestación asistencial reclamada, pues a pesar de la documental citada (fls. 111 y 112) de ella no deriva la constancia fehaciente de pago a la señora LUZ MARINA VERA implicando con ello que debía la sociedad demandante confirmar el cubrimiento en el pago con un medio de convicción idóneo, lo cual no puede entenderse suplido con la certificación de folio 111, no solo porque es una manifestación emanada del mismo reclamante en construcción de su prueba y sin soporte, sino que dentro de tal misiva no se reseña la fecha de cancelación, ni tampoco se indica su dicha incapacidad deriva en la enfermedad y riesgo objeto de calificación, razón por la cual tal valor (\$558.397) no podrá incluirse dentro de la condena a la ARL COLMENA, por ende tal suma de dinero se restará, aspecto sobre el cual más adelante se volverá.

Misma consideración se tendrá en cuenta para la pretensión de la parte demandante dirigida al **pago de la incapacidad permanente parcial**, en tanto si bien se certifica el pago de \$21.770.852 (fl. 105 carpeta No. 11), no obra el pago de tal valor a la asegurada. Se absuelve a COLMENA de tal condena.

Ahora y frente al reclamo elevado por la señora **MARIA CRISTINA ARDILA SANABRIA**, baste con señalar si bien la Juez a quo manifestó que se encontraba la certificación del valor de la incapacidad por \$605.513 (carpeta anexo No. 13 fl. 72), lo cierto es que señaló que conforme al reporte de esa incapacidad (fl. 73 carpeta No. 13), esta correspondía del 3 al 17 de septiembre de 2014, por lo que por dicho concepto no había lugar a su pago por encontrarse prescrita, no incluyendo tal valor en la condena impartida.

Y cuanto a la noción de **temporalidad** en relación con las condenas impuestas por las anteriores afiliadas, téngase en cuenta que la juez *a quo* dispuso la condena a la ARL COLMENA únicamente por el tiempo en que estuvieron afiliadas a tal entidad, por lo que no se está afectando la temporalidad alegada, así:

- Luz Marina Vera Chicuasque del 1° de julio de 1998 al 30 de septiembre del 2005 (periodo afiliación fl. 144 cuaderno principal), determinando un tiempo de exposición de 2610 días y un 36.87% a recobrar.
- María Cristina Ardila Sanabria del 5 de agosto del 2005 al 5 de abril del 2013 (fecha en que Colmena acepta la calificación emitida por compensar fl. 13 cuaderno principal) pues la afiliación a Colmena lo fue hasta el 28 de febrero del 2014 (fl. 146 cuaderno principal), indicando como tiempo de exposición de 2761 días y un 99.96% a recobrar.

En otra dirección y en relación con los señores **EDWIN GASCA TORRES, ANA DE DIOS PALACIOS y ANA OLIMPIA AYALA** expresa la apelante que la ARL COLMENA procedió al pago de las prestaciones que requirieron para lograr su rehabilitación

Sobre este punto, valga indicar “que *el sistema general de riesgos laborales encuentre su fundamento pleno en un modelo de seguro significa que el*

empleador traslada a un tercero el riesgo de afectación a la salud de sus trabajadores, por causa o con ocasión del desempeño de actividades laborales. Este riesgo creado por el empleador es asumido por una compañía de seguros, que es la Administradora de Riesgos Laborales, cuya función esencial es la de administrar este riesgo a cambio de una prima o cotización, que varía de conformidad con el nivel de exposición al riesgo y la actividad laboral. Se trata pues de un modelo puro de aseguramiento, por cuanto este tipo de compañías están habilitadas de manera específica para desempeñarse en este ramo especial, todo bajo estrictos protocolos legales, contables y financieros que obligan y garantizan una adecuada acumulación de reservas que permitan responder por los siniestros acaecidos”⁴.

Así las cosas, el hecho de brindar prestaciones asistenciales no desvirtúa la existencia del riesgo creado, pues el mismo surge del simple hecho del desempeño de las actividades laborales por parte del trabajador, y si en gracia de discusión se entendiera que el hecho de brindar este tipo de prestaciones y la presunta recuperación lograda a través de estas eliminara el riesgo creado lo cierto es que en el presente asunto, pese a que en la alzada se menciona el reconocimiento las prestaciones asistenciales brindadas a Edwin Gasca Torres, Ana de Dios Palacios y Ana Olimpia Jiménez Ayala, de ello no se desprende la recuperación o rehabilitación que alega la recurrente y por la que pretende se revoque la decisión, indicando en todo caso que para el efecto, conforme lo dispone el artículo 167 del C.G.P., le correspondía a COLMENA probar el supuesto de hecho alegado.

En cuanto a la **revisión de los valores** por los cuales se condena a la ARL COLMENA por los señores EDWIN GASCA, GLORIA ESPERANZA GONZALEZ, ANA DE DIOS PALACIOS, LUZ MARINA VERA y MARIA CRISTINA ARDILA, bajo el argumento de que las facturas aportadas no sustentan el valor que es recobrado, se encuentra que revisadas las carpetas de cada uno de tales afiliados, si bien el valor de las facturas aportadas no concuerdan con los recobros alegados para los casos de EDWIN GASCA, GLORIA ESPERANZA GONZALEZ, ANA DE DIOS PALACIOS y LUZ MARINA

⁴ Ponce Bravo, Germán Ernesto, La responsabilidad plena de perjuicios y el sistema general de riesgos laborales. Precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia 2019, 50 Rev. Ibero-Latinoam.Seguros, 177-205 (2019). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris50.rpps>.

VERA, lo cierto es que la Juez a quo condenó siempre por un valor inferior, atendiendo la excepción de prescripción de todas aquellas facturas generadas con anterioridad al 31 de octubre del 2014 y en esa medida ningún yerro existe. En relación con María Cristina Ardila si bien las facturas concuerdan con la suma recobrada, la Juez de primer grado liquidó con una suma inferior, se itera por los efectos de la prescripción, obteniéndose los siguientes valores:

Afiliado	Valor Pretension	Folio	Valor certificado fl. 3 carpeta # 1	Valores Facturas	Folio Carpeta # 1	Valor condenado
EDWIN GASCA TORRES	\$ 2.383.225	27 cuad ppal	\$ 2.383.225	\$ 33.995	11	\$1.942.336 x 91,63% \$1.779.762,47
				\$ 36.000	18	
				\$ 33.000	21	
				\$ 18.577	26	
				\$ 39.800	28	
				\$ 39.800	33	
				\$ 37.200	39	
				\$ 37.200	43	
				\$ 35.500	45	
				\$ 35.500	50	
				\$ 84.500	56	
				\$ 35.000	57	
				\$ 25.000	58	
				\$ 12.500	59	
				\$ 987.500	60	
				\$ 1.182.500	67	
				\$ 31.800	70	
				\$ 200.000	72	
				\$ 231.953	77	
				\$ 199.959	81	
				\$ 75.700	83	
				\$ 1.200.000	97	
			Total Facturas	\$ 4.612.984		

Afiliado	Valor Pretension	Folio	Valor certificado fl. 3 carpeta # 2	Valores Facturas	Folio Carpeta # 2	Valor condenado
GLORIA ESPERANZA SUAREZ AYALA	\$ 2.478.785	28 cuad ppal	\$ 2.478.785	\$ 477.400	11	\$2.478.785 x 14,59% \$361.654,73
				\$ 663.358	23	
				\$ 90.000	26	
				\$ 70.000	29	
				\$ 50.000	34	
				\$ 60.000	36	
				\$ 70.000	48	
				\$ 51.585	52	
				\$ 255.936	53	
				\$ 336.200	56	
				\$ 243.276	59	
				\$ 249.432	61	
				\$ 523.012	65	
			Total Facturas	\$ 3.140.199		

Afiliado	Valor Pretension	Folio	Valor certificado fl. 3 carpeta # 3	Valores Facturas	Folio Carpeta # 3	Valor condenado
ANA DE DIOS PALACIOS	\$ 2.392.301	28 cuad ppal	\$ 2.392.301	\$ 140.000	26	\$2.269.871 x 28,27% \$641.692,53
				\$ 15.000	33	
				\$ 45.000	39	
				\$ 549.780	43	
				\$ 15.000	48	
				\$ 15.000	53	
				\$ 39.800	59	
				\$ 420.400	64	
				\$ 108.000	88	
				\$ 41.400	92	
				\$ 291.030	95	
				\$ 40.800	98	
				\$ 177.120	107	
				\$ 39.800	112	
				\$ 16.921	116	
				\$ 49.200	120	
				\$ 39.800	125	
				\$ 39.800	131	
				\$ 18.900	135	
				\$ 16.920	141	
				\$ 112.000	144	
				\$ 39.800	151	
				\$ 39.800	154	
				\$ 39.800	158	
			Total Facturas	\$ 2.351.071		

Afiliado	Valor Pretension	Folio	Valor certificado fl. 3 y 72 carpeta # 13	Valores Facturas	Folio Carpeta # 4	Valor condenado
MARIA CRISTINA ARDILA SANABRIA	\$2.331.625 + \$605.513	34 cuad ppal	\$2.331.625 + 605.513	\$ 149.200	14	\$1'511.083 x 99,96% \$1'510.478
				\$ 400.000	18	
				\$ 15.000	24	
				\$ 146.400	30	
				\$ 16.284	34	
				\$ 306.171	38	
				\$ 800.000	42	
				\$ 50.000	51	
				\$ 90.570	54	
				\$ 50.000	60	
				\$ 50.000	64	
				\$ 220.000	66	
				\$ 38.000	69	
			Total Facturas	\$ 2.331.625		

Afiliado	Valor Pretension	Folio	Valor certificado fl. 3, 105 y 111 carpeta # 4	Valores Facturas	Folio Carpeta # 4	Valor condenado
LUZ MARINA VERA CHICUASUQUE	\$1.980.344 + \$21.770.852 + \$558.397	32 33 cuad ppal	\$1.980.344 + \$21.770.852 + \$558.397	\$ 44.145	9	\$ 1.661.379
				\$ 44.145	13	
				\$ 248.000	17	
				\$ 110.216	24	
				\$ 44.145	29	
				\$ 39.150	33	
				\$ 38.500	38	
				\$ 38.500	43	
				\$ 38.500	47	
				\$ 44.145	52	
				\$ 47.956	56	
				\$ 50.220	59	
				\$ 286.782	63	
				\$ 502.200	82	
				\$ 39.950	76	
				\$ 569.250	80	
				\$ 53.730	84	
				\$ 53.730	88	
				\$ 31.960	92	
				\$ 108.000	97	
				\$ 36.675	101	
			Total Facturas	\$ 2.469.899		

En cuanto a la condena por esta afiliada (Luz Marina Vera), valga aclarar dentro del \$1.661.379 la *juez* a quo incluyó la suma de \$558.397 de la INCAPACIDAD TEMPORAL, no obstante como en líneas anteriores se estudió, no es procedente su pago por lo que el valor adeudado por recobros asciende a **\$1.102.982** (\$1.661.379 - \$558.397) que al aplicarle el porcentaje de exposición de riesgo del 36.87% (no discutido ante esta instancia) se obtiene una suma adeudada de **\$406.669,46,** modificándose la condena impuesta por la señora Luz Marina Vera.

En relación a la **excepción compensación**, el Decreto 2509 de 2015 establece que el sistema de compensación tiene por objeto definir un mecanismo obligatorio de compensación que distribuya equitativamente entre todas las administradoras de riesgos laborales, los costos generados por los riesgos de mayor incidencia siniestral u operativa en el Sistema General de Riesgos Laborales, de acuerdo con la población afiliada.

Así mismo, dicha normativa señaló, que a fin de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema y los derechos de los trabajadores, las Administradoras de Riesgos Laborales deberán implementar de manera general y única, un mecanismo de compensación económico que impida la selección adversa por

clase de riesgo, actividad económica, número de trabajadores o accidentalidad laboral. (Artículo 2.2.4.9.1.3. del Decreto 2509 de 2015.

Así, se expidió la Resolución 5619 de 2015, normatividad que obra a folios 251 y 252 imponiéndose una compensación a favor de Positiva Compañía Seguros de Vida S.A, y a cargo de Colmena Compañía de Seguros de Vida S.A, por valor de \$16.281'339.000.

De modo que lo que la normas mencionadas pretenden, es establecer una herramienta equitativa para subsanar los costos y cubrir los riesgos de mayor nivel de accidentalidad o muerte, como consecuencia de la selección adversa y la concentración del riesgo; para lo que los Ministerios de Trabajo y Hacienda y Crédito Público, realizaron los correspondientes cálculos, entes que por demás son los encargados de estar a cargo del seguimiento de la alta incidencia siniestral, la alta concentración de riesgo y el alto riesgo inherente, que es la medición para saber en qué actividades económicas existe un mayor peligro.

Por tanto, y contario a lo expuesto en la apelación, de la lectura de las normas aludidas, no se logra desprender que el pre-mentado mecanismo de compensaciones, tiene como fin, cubrir la proporción o el monto que por concepto que pueda surgir como consecuencia de la exposición a un riesgo, y que pueda derivar en el reconocimiento de prestaciones económicas o asistenciales en cabeza de una administradora, precisándose el rol como Administradora de Riesgos Laborales, no finaliza por el hecho de haber terminado el vínculo de afiliación con el trabajador, sino que se mantiene hacia el futuro, en obediencia al tiempo por el cual asumió los riesgos del asegurado, es decir, en la prorrata que corresponda, circunstancias que no dan lugar a compensar el citado valor con los recobros aquí pretendidos.

En lo que concierne a la **indexación** la Sala considera que es dable ordenar su imposición, al ser un mecanismo que busca evitar la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno de la depreciación de la moneda, por tratarse de un hecho de conocimiento público y notorio, advirtiéndose que los valores deberán indexarse teniendo en cuenta el momento en que se efectuó el pago hasta que este se haga efectivo, por ello, se confirmará la decisión en este específico aspecto.

En relación con la apelación del POSITIVA ARL la cual está encaminada a determinar que en efecto frente a ANA ZAMBRANO, GLORIA DORIS ARANGO TAMAYO, CLARA CECILIA ORTIZ ESCORCIA, GUILLERMO HERNANDEZ, LUZ MARIA GUTIERREZ CORTES, LUZ OMAIRA CASTILLO MENESES, MARCELY MOYA SOTO, MERY DEL CARMEN BENAVIDES VILLARREAL, RAFAEL JOSE MOISES BLANQUICET, ROSA ESTHER OROZCO ESCALONA, TATIANA MARINA AVELLA MARINO y YOLANDA ROAJAS SALAMANCA si se probó la exposición al riesgo en vigencia de las afiliaciones a la ARL COLMENA respecto de quien se procura a prorrata el pago de las prestaciones asistenciales objeto de demanda, lo cierto es que la Sala considera inane adentrarse al estudio o valoración de la documental aportada para cada uno de los afiliados a efectos de verificar si se acreditó respecto de cada uno de ellos la exposición al riesgo, entendiéndose éste como aquel que surge de una exposición laboral que causa daños al trabajador, el cual es cubierto objetivamente a partir de la misma afiliación a la administradora de riesgos laborales y no desde el primer diagnóstico de la enfermedad.

Lo anterior, por cuanto aunque sí se lograra demostrar por parte de POSITIVA que en efecto existió tal exposición, se tiene que al adentrarse al estudio de la procedencia del pago aquí solicitado, esta Sala llegaría a la conclusión de que el mismo no resulta procedente debido a que en autos si bien se aportan en las carpetas Nos. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18 las certificaciones de pago expedidas por la Gerente de Indemnizaciones de Positiva, junto con diversas facturas de venta provenientes de IPS que prestaron los servicios a estos afiliados, analizada tal documental no se evidencia constancia efectiva de que POSITIVA S.A. cubriera las prestaciones asistenciales reclamadas, pues a pesar de existir autorizaciones de servicios, lo cierto es que en las cuentas aportadas no existe la constancia de pago por parte de POSITIVA S.A., más aun, cuando se anota en la mayoría de las facturas: “*sujeto a revisión*”, implicando ello la inexistencia del cubrimiento en el pago de esas prestaciones asistenciales y, más aun, por los montos cobrados por la IPS, reiterando en este punto lo expuesto al inicio del proveído en cuanto a que las certificaciones expedidas por la Gerente de Indemnizaciones de Positiva, no pueden ser tenidas en cuenta por estar suscritas por la propia parte actora sin que obre otro medio de convicción que soporte el pago de efectuado por los valores allí

mencionados. Nótese además que de la referida certificación no se puede extraer a cuales facturas de venta corresponde tal valor, como tampoco si fueron en virtud de los mismos padecimientos de cada trabajador, con lo cual se lograra acreditar que en efecto las prestaciones asistencias son el soporte de las enfermedades laborales y riesgos que fueron objeto de calificación.

Téngase en cuenta que los argumentos de la Juez de primer grado se dirigieron al estudio de la exposición del riesgo, sin adentrarse a verificar la existencia de otros requisitos para la procedencia de dicho recobros, como lo es la acreditación del pago de los servicios prestados, lo cual en todo caso como ya se explicó aun de encontrarse acreditado el tiempo de exposición del riesgo, conllevaría a la absolución de la demandada respecto de las pretensiones elevadas por los servicios prestados a los señores ANA ZAMBRANO, GLORIA DORIS ARANGO TAMAYO, CLARA CECILIA ORTIZ ESCORCIA, GUILLERMO HERNANDEZ, LUZ MARIA GUTIERREZ CORTES, LUZ OMAIRA CASTILLO MENESES, MARCELY MOYA SOTO, MERY DEL CARMEN BENAVIDES VILLARREAL, RAFAEL JOSE MOISES BLANQUICET, ROSA ESTHER OROZCO ESCALONA, TATIANA MARINA AVELLA MARINO y YOLANDA ROAJAS SALAMANCA por las razones señaladas, y en orden se confirma entonces la absolución respecto de los valores pretendidos por los mencionados afiliados.

Finalmente, y en relación con las costas apeladas por la ARL COLMENA, debe manifestar esta Corporación que la aplicación de las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, no puede ser discutida en esta instancia sino al momento en que se vayan a liquidar conforme a lo dispuesto por el artículo 366 del C.G.P.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la modificación parcial de la sentencia recurrida por ambas partes, en cuanto el valor adeudado por los servicios prestados a la señora Luz Marina Vera, absolviendo del pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

RESUELVE

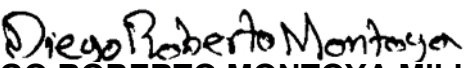
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo proferido en primera instancia, en cuanto a que el valor a pagar por la afiliada LUZ MARINA VERA es de **\$406.669,46**.

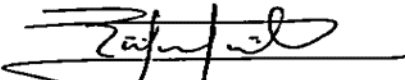
SEGUNDO: ABSOLVER a la ARL COLMENA del pago de la **INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL** solicitada por la parte demandante, conforme a lo considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el JUZGADO 21 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., por las razones aquí expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALVARO CARDENAS
RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
-COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 21 2020 00100 01).**

Bogotá D.C. Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones y el demandante (fls. 120, 121 y 123 a 126), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de noviembre del 2020 (Audiencia virtual, Cd. fl. 113, récord: 1:19:43), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ALVARO CARDENAS RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual dada el 09 de mayo de 1995 con fecha de efectividad a partir del 01 de junio de 1995 por intermedio de Colfondos S.A. pensiones y cesantías, en consecuencia, **DECLARAR** como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones tal como se señaló.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a Colfondos pensiones y cesantías a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante ALVARO CARDENAS RODRIGUEZ tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los mismos destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración los cuales deben asumir a cargo de sus propios recursos sin deducción alguna por conceptos de gastos de traslado para ello se le concede el término de un mes.*

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: No acceder a las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo que se ha señalado.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colfondos y a favor de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho cuando se efectuó la liquidación por secretaria la suma de \$1.200.000 en costas frente a Colpensiones.

SEPTIMO: DISPONER la CONSULTA al superior por ser adversa a los intereses de Colpensiones.”

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES expresa que si bien es cierto la entidad que representa no tuvo responsabilidad alguna frente a la situación u omisión para la declaración de dicha ineficacia, las consecuencias de ello afectan los intereses de la entidad, por lo que solicita se emita pronunciamiento frente al tema de la sostenibilidad financiera, toda vez que al verificar el expediente se encuentra que el demandante durante 24 años no hizo aporte alguno a la entidad, advirtiendo el RAIS y el RPM tienen diferente forma de distribución del aporte y así está contemplado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, situación que en su sentir conlleva a que se afecten los intereses y el patrimonio de Colpensiones. (Audiencia virtual, Cd, fl. 113, record: 1:21:28)¹

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ALVARO CARDENAS RODRIGUEZ , en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 7 a 10, aspirando, se declare la ineficacia

¹ “Gracias señora juez dentro del término que me da el despacho para presentar el recurso de apelación dede manifestar expresamente que si lo presento porque si bien es cierto la entidad que represento no tuvo responsabilidad alguna frente a la situación u omisión para la declaración de dicha ineficacia, si las consecuencias afectan los intereses de la entidad que represento. Por esto el fallo va en el sentido de que el Tribunal se pronuncie frente al tema de la sostenibilidad financiera, toda vez que al verificar el expediente encontramos que el hoy demandante durante 24 años no hizo aporte alguno a la entidad y tenemos que tener en cuenta que el RAIS y el RPM tienen diferente forma de distribución del aporte y así está contemplado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, situación está que conlleva a que si afecta los intereses y el patrimonio de la entidad que represento y en consecuencia solicito a los magistrados que se pronuncien respecto al daño causado por dicha omisión de la entidad Colfondos, en estos términos dejo presentado mi recurso reservándome el derecho de ampliarlo en segunda instancia, muchas gracias.”

del traslado de régimen, en consecuencia se condene a Colfondos a trasladar todos los aportes y rendimiento causados en la cuenta de ahorro individual, junto con los dineros percibidos por concepto de gastos de administración sin deducción alguna, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS S.A., ordenando a esa administradora devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, sin posibilidad de descontar gastos de administración, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 15 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 22 de mayo de 1960, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 13 de diciembre del 2019 (folios 62, 63, 66 y 67), es decir, cuando estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. De otra parte, no tenía el demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 450 semanas de cotización (Historia Laboral de fl. 50) equivalentes a 8 años y 9 meses, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 9 de mayo de 1995 (fls. 42 y 108 vto) específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS y el registro de ASOFONDOS y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, *verbigracia*, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el

“RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo

335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el promotor del litigio⁴, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colfondos, en tanto aseguró que el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS iba a colapsar, que su mesada pensional sería mejor y por ende podría acceder a una pensión justa, no obstante no le dieron mayores explicaciones de ello.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (9 de mayo de 1995 fl. 42) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 42), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar

⁴ Récord 26:42 Cd. fl. 113 Audiencia virtual.

cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además de la apelación se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁵ (Ver Cd. fl. 89 contestación en medio magnético), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 27 de octubre del 2020.

sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

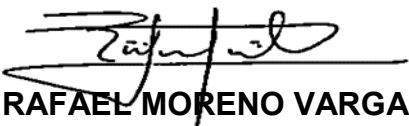
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ENITH CECILIA PEREZ
PEREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD. 23 2019 00734 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y la demandada (fls. 52, 53, 55 y 56), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de noviembre del 2020 (Cd. folio 48, Audio 1, record: 13:28, acta a folios 44 y 45), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a reconocer y pagar a favor de ENITH CECILIA PEREZ PEREZ identificada con cedula de ciudadanía 50.875.166 la sustitución de la pensión pensional que en vida venia disfrutando su pensión el señor CARLOS ENRIQUE BAQUERO QUINTERO (q.e.p.d.). Se ordena el reconocimiento de esta sustitución pensional en forma vitalicia a partir del 04 de diciembre del 2018, se debe cancelar retroactivamente a esa fecha cuantía inicial \$781.242 la cual deberá reajustarse anualmente conforme articulo 14 ley 100 de 1993 y pagar las mesadas ordinarias y adicional correspondiente.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de Colpensiones, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado, asegurando no le asiste derecho a la demandante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, asegurando debía acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que se cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez Y hasta su muerte como una convivencia con el fallecido no inferior de dos años continuos con anterioridad al deceso, señalando dentro del presente proceso no se logró establecer de forma verídica que la señora Enith Cecilia Pérez Pérez acreditara calidad de compañera permanente del causante, teniendo en cuenta que las pruebas son elaboradas por la parte demandante y por sí solas son insuficientes, aunado a que las respuestas dadas por los testigos son presunciones por lo que no son conducentes ni pertinentes en tanto no proporcionan información suficiente para que se llegue al convencimiento para emitir un concepto razonable, precisando conforme a la investigación administrativa adelantada por la accionada no se logró confirmar una relación de convivencia entre la señora Enith Cecilia Pérez y el señor Carlos Enrique Baquero Quintero.

Por otro lado y en cuanto a la condena en costas, refiere la actuación por parte de Colpensiones fue siempre diligente a lo largo de todo el proceso judicial actuando de buena fe, sin aplicar temeridades, sin obstaculizar la administración de justicia y respetando siempre la profesión, considerando en el expediente no se encuentra acreditada su causación y en consecuencia su comprobación en los términos del numeral octavo del artículo 365 del C.G.P.¹ (Cd. folio 46, Audio 1, récord 14:44)

¹ “Estando en el término legal me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir el cual sustento de la siguiente manera frente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral:

Solicito a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de distrito de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia toda vez que la señora Enith Cecilia Pérez Pérez no le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta que para estudiar dicha pretensión al respecto del artículo 47 de la mencionada ley dispone que son beneficiaria la pensión de sobrevivientes de compañeros permanentes supérstite pero que se deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante pero por lo menos desde el momento en que se cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de dos años continuos no con anterioridad a su muerte, que la carga de la prueba está en cabeza del demandante y es evidente que las pruebas documentales allegadas y testimoniales aplicadas no logran establecer de forma verídica que la señora Enith Cecilia Pérez Pérez acredito la calidad de compañera permanente del causante teniendo en cuenta en primer lugar que dichas pruebas son elaboradas por la parte demandante que por sí solas son insuficientes ya que al traer a colación respuestas dadas por los testigos se dejó entre ver que dicho relato fueron manifestaciones y presunciones por lo que no son conducentes ni pertinentes puesto lo dicho no proporcionan información suficiente para que su despacho llegue a su conocimiento y convencimiento pleno para emitir un concepto razonable.

Por otro lado no se tuvo en cuenta por dentro del expediente administrativo se allego como prueba de investigación administrativa de convivencia con el fin de establecer si hubo convivencia entre el demandante y el causante lo cual la administradora realizo la investigación administrativa a los vecinos de la supuesta

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ENITH CECILIA PEREZ PEREZ, las pretensiones que relacionó en la demanda a folio 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folio 3, solicitando se declare ostenta la calidad de compañera permanente del señor CARLOS ENRIQUE BAQUERO QUINTERO y por ende el derecho para ostentar el 100% de la pensión de sobrevivientes, en consecuencia solicita el reconocimiento y pago de las mesadas retroactivas desde el 4 de diciembre del 2018, junto con los intereses moratorios, las agencias en derecho y las costas del proceso. Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones pues se accedió al reconocimiento pensional solicitado, a cargo de la accionada a partir del 4 de diciembre del 2018, en el 100% de la mesada que venía recibiendo el de cujus, tras considerar el *a quo* que se acreditaron los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, para ser beneficiaria de la prestación pensional, absolviendo de los intereses moratorios por cuanto solo fue con el trámite judicial que se confirmó el requisito de convivencia por parte de la demandante.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor CARLOS ENRIQUE BAQUERO QUINTERO, falleció el **4 de diciembre del 2018**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a folio 8, como tampoco que mediante Resolución No.15486 del 13 de diciembre de

compañera permanente en el cual concluyo que no se acredito el contenido y veracidad de la solicitud presentada por Enith Cecilia Pérez Pérez una vez anexadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en el presente investigación administrativa ya que no se logró confirmar una relación de convivencia entre la señora Enith Cecilia Pérez y el señor Carlos Enrique Baquero Quintero ya que no hay testimonios que confirme la relación de convivencia que los implica e incluso tampoco se allego como prueba testimoniales familiares en los cuales ellos pueden dar mejor certeza o veracidad si existió o no convivencia, así las cosas la parte actora quería sacar adelante sus pretensiones tenía que desplegar todos los documentos que tuviera en su poder para acreditar los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente o sustitución en calidad de compañera permanente por defecto o por prudencia probatoria frente a la duda razonable no (sic) las pruebas allegadas por la accionante ya que únicamente se puede fundamentar en el principio de la buena fe.

Frente a la condena en costas se considera que ya que la actuación por parte de Colpensiones fue siempre diligente a lo largo de todo el proceso judicial actuando de buena fe, sin aplicar temeridades, sin obstaculizar la administración de justicia y respetar siempre nuestra profesión, por no encontrarse en el expediente acreditada su causación y en consecuencia no ser posible su comprobación en los términos del numeral octavo del artículo 365 del CGP y el acuerdo PSA 16-1054 el artículo quinto numeral primero cito de manera respetuosa honorables magistrados se absuelva a mi representada de todos los cargos que hay contra ella y finalmente manifiesto que el presente recurso podrá ser ampliado en su momento procesal pertinente y ante el tribunal superior de Bogotá y de esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

1979 el ISS le reconoció una pensión de vejez por un valor de \$13.450, la cual para el momento del retiro de nómina ascendía a \$781.242 (*información extraída del contenido de la Resolución SUB 106686 del 4 de mayo del 2019 fl. 13*).

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si la señora ENITH CECILIA PEREZ PEREZ, en calidad de compañera permanente supérstite, acreditó los requisitos previstos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante -4 de diciembre de 2018, folio 8-, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993², era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1730 de 2020³, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a)

² **“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte²; (...)

³ Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenga la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, **es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia.** Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.**

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en

el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es

del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, “*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador*”.

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un pensionado, se requiere, en el caso de la compañera permanente acreditar que convivió con el causante en los últimos 5

decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

años anteriores al deceso y no como lo afirma la apelante en su impugnación que debe ser de dos 2 años.

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la promotora del litigio nació el 13 de junio de 1969 (*ver fl. 16 resolución DEP 4141 del 7 de junio del 2019*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (4/12/2018) contaba con 49 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante haber ostentado la calidad de compañera permanente del causante desde el 15 de enero del 2006⁴, fecha desde la cual no se separaron sino hasta que se produjo el deceso.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante y la convivencia requerida, de la señora ENITH CECILIA PEREZ PEREZ, por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección, se absolvió el interrogatorio de la demandante⁵ quien refirió que residió con el causante en una casa de propiedad de éste ubicada en el barrio Santa Isabel, cuya relación sentimental inició allí pues ésta en principio fue contratada como su empleada doméstica, no obstante desde el 15 de enero del 2006 decidieron compartir techo lecho y mesa, precisando cuando conoció al de cujus ella tenía 41 años y aquel 80.

Así mismo, a efecto de acreditar su dicho, se recaudaron los siguientes testimonios:

RUBEN DARIO NUÑEZ⁶, comento ser vecino y amigo de la demandante y del de cujus, por cuanto vive en la casa contigua a la que estos habitaron, indicó conocer a la actora desde finales del año 2005 cuando llegó a la casa del señor Baquero Quintero (q.e.p.d.) quien se la presentó como su “*mujer*”, afirmó que desde esa época siempre los vio juntos sin ningún tipo de interrupción, precisando en principio se movilizaban en un automóvil pero con el pasar de los años el de cujus permanecía en silla de ruedas, la cual era manipulada por la actora. Refirió ser muy allegado a la pareja pues incluso en ocasiones acompañó al fallecido a retirar

⁴ Hechos 3 y 4, folio 3.

⁵ Cd folio 46, récord 7:40.

⁶ Cd folio 46, récord 14:45.

las mesadas de su pensión, igualmente comentó que estos llevaban una vida en pareja pues por ejemplo salían al parque, hacían mercado, iban a los bancos, es decir, su relación era publica y conocida por todos, también adujo haber entrado al inmueble donde habita la pareja por un problema de humedad y ver allí a la demandante.

Por su parte ANA LUCIA MORENO ROMERO⁷ dijo residir y tener un local comercial de venta de minutos desde el año 2005 a dos cuadras de la casa del de cujus, manifestado ser amiga de la actora y de su compañero fallecido, por lo que le consta estos tenían una relación de pareja percibiendo desde el año 2005 que estos compartían todo el tiempo, pues los veía desayunando frente a su local comercial, también percibió los momentos en que la actora acompañaba al fallecido al médico, cuando hacían mercado juntos y en general precisó en su diario vivir siempre los vio a los dos, igualmente señaló que las veces es que iba a la casa de la pareja a venderles recargas de minutos para los celulares, siempre vio a la actora, incluso una vez estuvo tomando tinto con los compañeros, precisando en esa ocasión la demandante estaba en pijama, así mismo declaró que cuando el de cujus enfermo le hizo un turno a la accionante para que ella fuera a la casa a cambiarse mientras la testigo se quedaba con el señor Baquero Quintero (q.e.p.d).

Ahora bien, con la demanda se incorporó una declaración juramentada del causante y de la demandante de fecha 18 de febrero del 2009 (fl. 10), en donde declaran que conviven en unión libre desde hace 2 años, es decir desde el 18 de febrero del 2007, indicando el de cujus: *“manifiesto que en caso de yo fallecer autorizo para que mi compañera de nombre ENITH CECILIA PEREZ PEREZ sea mi beneficiaria en la pensión”*.

Así las cosas, conforme lo reseñado una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que los dichos de los testigos no generan certeza acerca de la convivencia real y efectiva exigida por Ley para el reconocimiento de la prestación pensional, nótese que nada refirieron respecto de situaciones que den lugar a entender que la accionante y el pensionado tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro

⁷ Cd folio 46, récord 29:02

mutuos, razones por las cuales es claro que los dichos de estos testigos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio, pues se limitaron a expresar que siempre los veían juntos, pero no describieron circunstancias de tiempo, modo y lugar que den lugar a entender cómo se desarrolló la citada convivencia de la pareja.

Ahora y si bien se deben tener en cuenta las declaraciones dadas por el de cujus ante Notario Público el 18 de febrero del 2009 (fl. 14), lo cierto es que atendiendo las propias afirmaciones del fallecido tan solo se acreditaría una convivencia hasta esa data y por espacio de 2 años, desconociendo ésta Corporación lo sucedido del 19 de febrero de esa anualidad hasta el 4 de diciembre del 2018 fecha en que el declarante falleció, no probándose así la convivencia continua e ininterrumpida por lo menos del 2013 al 2018 (5 años anteriores al deceso del pensionado).

Llamando incluso la atención a esta Sala de decisión que tan solo 2 años después de conocer el causante a la accionante haya decidido manifestar su deseo de que a ésta se le sustituyera la prestación pensional a él reconocida, sin acreditarse dentro de este litigio un proyecto de vida en común que diera lugar a tomar tal determinación, máxime cuando la propia actora refirió que llegó a la casa del pensionado en aras de prestarle sus servicios como empleada doméstica, lo cual sumado a los dichos de los deponentes lo que daría lugar a entender es que la señora PEREZ PEREZ le prestó su compañía como su cuidadora más no como una compañera con vocación de comunidad de vida.

Advirtiendo la Sala en este punto, se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *“aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado”*, precisando la misma Corporación que *“la convivencia*

real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común” excluyendo de ésta “encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”, situación que ocurrió en autos pues a pesar que de la demandante acompañó al pensionado fallecido por aproximadamente 12 años no se probó una verdadera comunidad de vida.

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, en autos no hay certeza de que la convivencia entre la demandante y el causante se haya dado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del señor CARLOS ENRIQUE QUINTERO BAQUERO (2013-2018), precisándose si bien el de cujus pudo tener una relación sentimental con la demandante no tuvo el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, pues nada de ello se pudo acreditar en autos.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigida acreditar que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la misma señora ENITH CECILIA PEREZ PEREZ, la cual quedó expuesta a lo que Cernelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia exigido por la normatividad aplicable y en ese orden se debe proceder a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

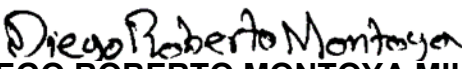
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **ENITH CECILIA PEREZ PEREZ**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

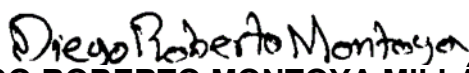
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CRISTINA ISABEL UNDA RAMIREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, AFP COLFONDOS, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (RAD. 26 2017 00770 02).

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 346 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES, PORVENIR y la parte demandante (fls. 343 a 346, 350 a 353 y 355 a 357), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de OLD MUTUAL, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, de la

sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de diciembre del 2020 (Cd a folio 331, record: 35:54, acta a folios 332 y 333), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora CRISTINA ISABEL UNDA RAMIREZ identificada con cedula de ciudadanía No. 35 301 409 al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 01 de septiembre de 2002 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones OLD MUTUAL a transferir a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia los fondos de pensiones Porvenir, Colfondos, Old Mutual a razón de un 33.33% cada uno fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 900.000”

Inconforme con la decisión el apoderado de OLD MUTUAL recurre el fallo manifestando que la información dada a la demandante fue cierta, clara, suficiente y oportuna, adicionalmente indica la normativa que estaba vigente para el momento del primer traslado e inclusive para el momento de traslado desde Porvenir a Skandia no exigía la doble asesoría que actualmente se exige desde el año 2015, por lo que en su sentir no puede ser posible aplicar normas que en su momento no estaban vigentes. Adicionalmente la asesoría que se le otorgo o que se le brindo a la actora fue verbal y no existe ninguna norma para el momento de la afiliación que haya establecido que se debía dejar por escrita tal asesoría, por tanto la decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual fue libre y voluntaria y no medio ninguna presión por parte de su representada por lo tanto no se configuro ningún vicio del consentimiento que eventualmente pudiera llevar la nulidad o eventualmente a una ineficacia.

Señala, la demandante también tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar por lo que no hubo ninguna fuerza que le haya obligado a la demandante a suscribir ningún formulario de afiliación el cual era válido para el momento de su afiliación. Adicionalmente aduce las

características del RAIS siguen estando expresamente establecidas en la ley por lo que si se habla de un error eventualmente sería un error de derecho lo cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento, aunado que no se puede dejar de lado que la promotora del litigio realizó traslados entre AFP lo que denota que conocía las condiciones del RAIS y acredito su ánimo de permanencia.

Por otro lado, respecto de los gastos de administración indica se debe tener en cuenta la buena fe con la que actuó la AFP dentro del presente caso y adicionalmente asegura la viabilidad de los cobros de los gastos de administración está establecida y autorizada expresamente en la ley cuyo porcentaje va dirigido a la gestión que hizo o que está haciendo en ese momento la administradora privada, razón por la cual solicita se revoque la sentencia dictada y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante. (Cd a folio 331, record: 37:01)¹

¹ “Estando en la oportunidad me permito formular recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en oralidad, por cuanto efectivamente por parte de las AFP, específicamente por parte de Skandia conto con el deber de información pues la información que se le dio fue cierta, clara, suficiente y oportuna, adicionalmente la normativa que estaba vigente para el momento del primer traslado e inclusive para el momento de traslado desde Porvenir a Skandia no exigía la doble asesoría que actualmente se exige desde el año 2015, entonces pues no es posible aplicar normas que en su momento no estaban vigentes. Adicionalmente pues la asesoría que se le otorgo o que se le brindo a la aquí demandante fue verbal y no existe ninguna norma para el momento de la afiliación que haya establecido que se debía dejar por escrita esta asesoría y no va en contra de la ley que esta asesoría haya sido brindada de forma verbal, hay que tener muy de presente además que mi representada pues no es el fondo por medio del cual se trasladó del RPM y actuó de buena fe. Adicionalmente pues la decisión de afiliarse tanto al régimen de ahorro individual como a mi representada posteriormente fue libre y voluntario y no medio ninguna presión por parte de mi representada por lo tanto no se configuro ningún vicio del consentimiento que eventualmente pudiera llevar la nulidad o eventualmente como lo manifestó el despacho a una ineficacia con la línea jurisprudencial actual.

Ahora la demandante también tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar no hubo ninguna fuerza que le haya obligado a la demandante a firmar ningún formulario de afiliación el cual era válido para el momento de su afiliación. Adicionalmente las características del RAIS están, siguen estando expresamente establecidas en la ley por lo que si se habla de un error eventualmente sería un error de derecho lo cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento, personalmente se le explicaron las características, condiciones y requisitos del RAIS y además realizo traslados entre AFP lo que denota que conocía las condiciones del RAIS y acredito su ánimo de permanencia.

Adicionalmente respecto de los gastos de administración pues se tiene que tener en cuenta y reitero esto la buena fe con la que actuó mi mandante dentro del presente caso y adicionalmente mientras la demandante estuvo afiliada a Skandia se hicieron los cobros de unos gastos de administración cuya viabilidad está establecida y autorizada expresamente en la ley es decir cuando una afiliado valga la redundancia se afilia a un fondo de pensiones la ley expresamente autoriza el cobro de estos gastos de administración, un porcentaje de su aporte va dirigido a la gestión que hizo o que está haciendo en ese momento la administradora privada de pensiones por lo que aparentemente lo que se ha venido haciendo es condenar unos gastos de administración pero lo que parece más una sanción y pues eso para los efectos que tiene una ineficacia pues con todo respeto no da lugar pues porque realmente se cumplió con una gestión profesional que se debe pagar y esto está autorizado por la ley reitero, entonces según esto también si se están devolviendo las cosas a su estado inicial y teniendo en cuenta que se declaró la ineficacia pues realmente las consecuencias que se le están aplicando en este caso son propias de la nulidad que en la obiter dicta de la sentencia que acaba de dictar su señoría pues indico que ya no se aplica, entonces teniendo en cuenta

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 120 a 122, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 116 a 120 aspirando de manera principal se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado por Colfondos, en consecuencia se condene a OLD MUTUAL (actual administradora) a transferir a Colpensiones el total del dinero ahorrado en la cuenta personal, junto con sus rendimientos y a Colpensiones a efectuar la correspondiente activación de la afiliación, derechos *ultra y extra petita*, y pago de las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora en el año 2002, condenando a OLD MUTUAL (actual administradora) a trasladar la totalidad de los aportes, juntos con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, disponiendo que Colpensiones acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora, lo anterior por cuanto COLFONDOS no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea a la demandante en el momento del traslado de régimen pensional, por lo que dicho traslado no era eficaz.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años

estas consideraciones le solicito al H. tribunal que revoque la sentencia dictada el 03 de diciembre de 2020 en audiencia y absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por al demandante , muchas gracias.”

de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 33 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 15 de diciembre de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante Colfondos, Porvenir y Colpensiones el 3 de agosto del 2017 (fls. 48 a 53, 54 a 59 y 67 a 74) y ante Old Mutual el 4 de agosto del 2017 (fls. 61 a 66), es decir, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 100 días de aportes equivalentes a 14.28 semanas de cotización (fl. 184³), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 11 septiembre del año 2000, conforme la información registrada en la impresión de la consulta realizada al SIAFP de folio 278, **precisando** en este punto en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues COLFONDOS desde la contestación de la demanda aceptó que la actora se trasladó mediante afiliación realizada el 11 de septiembre del 2000 (al pronunciarse sobre el hecho 5, fol. 251), advirtiéndose si bien obra un formulario de afiliación a folio 276 este tiene como fecha 9 de enero del 2002, por ende no puede ser tenido en cuenta para efectos de establecer la data de traslado, sin que en todo caso para el

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”

³ Conforme a la información registrada en el formato “*Historia Laboral Consolidada*” expedido por OLD MUTUAL.

tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe,

como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a

22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de

diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, contrario a ello, se recibió como prueba

testimonial, las manifestaciones de LILIA AMPARO SUAREZ FORERO⁵, quien afirmó haber sido compañera de trabajo de la demandante en el año 2001, por lo que tiene conocimiento que la actora se trasladó de régimen pensional toda vez que la AFP COLFONDOS fue a las instalaciones de la empresa y en una charla general informó a todos los trabajadores que el ISS se acabaría y que por ende les convenía afiliarse a esa AFP dadas las ventajas que poseía el RAIS, tales como la rentabilidad y que se podían pensionar a cualquier edad.

Igualmente, debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues se limitó en señalar que le indicaron que le convenía mejor estar en el RAIS porque el ISS iba a desaparecer, aunado que se podía pensionar a cualquier edad.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 283 y 284, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (11 de septiembre del 2000 fl. 278), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver formularios afiliación fls. 168 y 293) ello no conlleva a que se le

⁵ Cd. fl. 312, record: 39:31

⁶ Cd fl. 312, record: 25:08

haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos sin descuento por concepto de gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema, o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la actora.

Asimismo, advierte la Sala, en punto a la apelación de OLD MUTUAL los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen

generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

Frente a los gastos de administración en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁷ (fl. 231), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, modificándose únicamente el ordinal primero para determinar que la fecha del traslado al RAIS fue el 11 de septiembre del año 2000 y no el 1° de septiembre del 2002.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

⁷ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 16 de enero del 2019 (fl. 306).

RESUELVE

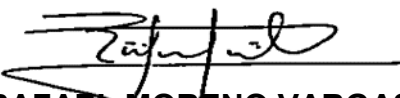
PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL PRIMERO** del fallo de primer grado únicamente para establecer que el traslado de régimen se dio fue el **11 de septiembre del año 2000**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA ANGÉLICA
VEGA BOLIVAR CONTRA EL BANCO DE BOGOTÁ S.A. (26 2019 00094 01).**

Bogotá D.C. diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada mediante correo electrónico del 23 de febrero de 2021 (folios 263 a 267), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de enero de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 157, récord: 1:08:52, acta folios 258 y 259), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** al BANCO DE BOGOTÁ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora MARÍA ANGÉLICA VEGA BOLIVAR conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** de esta instancia a la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$800.000 pesos.*

***TERCERO: CONSÚLTESE** con el superior la presente sentencia en caso de no ser apelada.”*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, alegando una indebida valoración del material probatorio. En ese sentido, indica, no se tuvo en cuenta que el testigo identificado como Elkin,

manifestó que efectivamente se pedían historias clínicas para el pago de las incapacidades pese a que dicha exigencia está prohibida según lo expuesto por la Corte Constitucional.

Por otra parte indica, se concluye en la sentencia que la demandante incumplió las pausas activas usando como excusa su trabajo, empleando el despacho la frase “*metas impuestas*”, lo cual considera, es una clara muestra de que la actora no podía presentar un trabajo menor del que se le exigía, y en esa medida, considera, el no hacer pausas activas era una consecuencia de la imposición de la carga laboral y no un acto de mera liberalidad de su parte.

Igualmente, refiere, si bien es cierto no fue posible conseguir la prueba atinente a la negativa de EMI a emitir incapacidades, también lo es que “*en la demanda son amplísimas las pruebas que determinan que efectivamente el banco incurrió en las desobediencias a la ley*” primero, respecto a la historia clínica y segundo, frente a las recomendaciones médicas de reubicación.

Insiste, son muchas las pruebas que apuntan a determinar que el Banco incurrió en las causales de despido indirecto, anotando frente al testimonio de Andrés Serna, este alude a un proceso de calificación de origen con la EPS y el agotamiento de un trámite ante las Juntas, información que no es real y que no fue valorada por el Juzgado al tomar la decisión¹ (Audiencia virtual de trámite y

¹ “Refiere el despacho que el testigo que se identifica como Elkin manifestó que efectivamente se pedían las historias clínicas para las incapacidades. Un testimonio es un medio de prueba el despacho refiere que no se pudo probar que el testigo se refería específicamente a la señora María Angélica Vega, él fue citado por la parte demandada para que testificara en este proceso en ningún otro, lo que significa entonces que la prueba no se valoró como se debía respecto de acreditar la exigencia de la historia clínica para recibir las incapacidades, hecho que está prohibido y cerrado por la Corte Constitucional como ya se mencionó por el suscrito en los alegatos de conclusión. Refiere el despacho que la señora María Angélica Vega incumplió las pausas activas poniendo como excusa su trabajo y efectivamente no teniendo vigilancia de auto cuidado, también usa el despacho la palabra “*metas impuestas*” es así su señoría como en este recurso de apelación manifiesto que las metas eran impuestas, el Banco imponía las metas y no se podía presentar un trabajo menor a lo que se exigía por lo tanto el no hacer las pausas activas era consecuencia de la imposición de la carga de trabajo y no un acto de mera liberalidad de la demandada.

También refiere el despacho que no hay prueba de que EMI se haya negado a dar incapacidades, es cierto se refiere en el texto y EMI, no fue posible conseguir la prueba pero en la demanda son amplísimas las pruebas que determinan que efectivamente el Banco incurrió en las desobediencias a la ley primero respecto de la historia clínica, segundo de las recomendaciones médicas de reubicación porque en la prueba número quince se allega copia con orden de medicina laboral de reubicación, eso el banco no lo observó. También es cierto que en el examen médico ocupacional de egreso el diagnóstico es no satisfactorio, a bien tiene el despacho en resaltar las afirmaciones que el suscrito a través de la demanda no prueba solamente son afirmaciones, pero también hay un cúmulo muchísimo más amplio de pruebas que dicen que efectivamente el Banco incurrió en las causales de despido indirecto, tan es así su señoría que en este recurso de apelación refiero el testimonio del señor Andrés Serna que se practicó en la parte final, la abogada de la parte pasiva refiere que el señor tuvo un lapsus, es una declaración bajo juramento y se entiende que todo lo que se dice allí es verdad y

juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 157, récord: 1:09:22, acta folios 258 y 259),

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA ANGELICA VEGA BOLIVAR en este ordinario, las pretensiones visibles a folios 116 y 117, las cuales fundó en los hechos narrados a folios 111 a 116, solicitando se declare que la demanda incurrió en las causales de terminación de contrato sin justa causa como lo estipula el código sustantivo del trabajo, artículo 62 literal b y el numeral 9° del artículo 59 de la misma norma por lo que su renuncia motivada debe ser considerada como despido indirecto. En consecuencia, se condene al Banco de Bogotá a pagarle la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T. junto con los intereses corrientes desde la finalización del contrato hasta la fecha de la sentencia, con base en la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera al momento de la sentencia. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** en tanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones en su contra, tras considerar la juez de primer grado que no se encontraban probados los hechos aducidos a la demandada máxime cuando se le imputan situaciones al Banco que no le son atribuibles, por el contrario, halló que la demandada desplegó actividades para garantizar el cumplimiento de las recomendaciones emitidas a favor de la actora quien no asistió a las terapias ni efectuó las pausas activas aduciendo la carga laboral cuando nunca le puso de presente esa situación a la pasiva, no siendo posible alegar su propio incumplimiento para favorecerse.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 6 de octubre de 2011 y

también son los testimonios un medio de prueba y el señor Andrés Serna fue traído a esta diligencia para este caso en concreto y no para ningún otro caso, es decir que no puede decirse que ese lapsus corresponde a equivocaciones, el banco trae una prueba que es un testimonio y dice que la demandante tuvo un proceso de calificación de origen con la EPS que subió la junta regional , que luego paso a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como órgano de cierre , información irreal, información que no es cierta , significa entonces que es una mentira lo que allí se dice, ese medio de prueba considera el suscrito que tampoco fue valorado por el despacho al momento de tomar la decisión, en el entendido de lo dicho su señoría, respetuosamente presento el recurso de apelación , muchas gracias."

el 10 de diciembre de 2018, en virtud del cual la actora en calidad de trabajadora se desempeñó en el cargo de analista, hechos que además de haber sido señalados por la *a quo* sin que fueran objeto de apelación, se corroboran con las documentales de folios 21 a 24, 25, 26 a 29, 30, 168 a 171, 233 a 236 y 237.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así pues, el problema jurídico que corresponde a la Sala solventar, se centra en determinar si el contrato de trabajo que ató a las partes finiquitó por causas imputables al empleador y en esa medida, si hay lugar a imponer a cargo de la pasiva el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

En ese orden, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Entratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es al ex trabajador demandante, a quien corresponde acreditar la alegación y existencia de la causa que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva de justa causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo².

² Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, diciembre 11 de 1980: *“En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que en el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio”*(Negrilla de la Sala).

Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *“con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”*³, ello en armonía con el parágrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*. (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-594 de 1997).

Bajo tal entendido, en la terminación del contrato por despido indirecto le corresponde al trabajador demostrar que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión⁴, pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es indiscutible que a él le corresponde el deber de probarlos⁵.

³ Sentencia de Casación Laboral, Radicación No. 26521 del 4 de julio de 2006

“(…) Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual al resolver una controversia semejante a la que ahora ocupa su atención, dijo textualmente:

“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.”

“En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos.”

⁴ Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

⁵ SL 417 de 2021: *“Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272)”*

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una causa que justifique la renuncia motivada de la demandante, para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual la actora dio terminación al contrato de trabajo (folios 26 a 29 y 233 a 236), en la cual expresó:

“Ejerciendo mi derecho al amparo legal que me da el artículo 62 del código sustantivo del trabajo, en su parte segunda, además por el numeral 9° del artículo 59 de la misma norma, doy por terminado mi contrato de trabajo suscrito con ustedes (Banco de Bogotá) con base en los siguientes hechos:

PRIMERO: *He venido presentando de manera reiterativa desde hace ya muchos meses, una serie de incapacidades médicas por bursitis y tenosinotivis con dolores muchas veces insoportables en el hombro izquierdo, atribuibles al desempeño de mis labores con el banco durante 7 años, tiempo en el que he solicitado una alternativa de solución, cualesquiera que fuere, sin demérito de mi dignidad y que mejore mis condiciones de salud de momento y con proyección, por no ha habido nunca una respuesta de parte del área.*

SEGUNDO: *He tenido remisiones a medicina laboral, ero las citas médicas con el especialista remitente son otorgadas en ocasiones hasta seis meses después de haberlas solicitado, tal es el caso de la cita de control con fisiatría la cual se me remitió, la pedí en el mes de julio/18 y sólo se me otorgó para el mes de diciembre/18, con más de 180 días de diferencia entre la solicitud y el otorgamiento de la cita.*

TERCERO: *En virtud del hecho anterior y en vista de que los tiempos de atención de la EPS no se ajustan en lo mínimo con el dolor con el que llego a urgencia de ésta, tomé la decisión alrededor de tres años de suscribirme a medicina contractual con el grupo EMI a fin de tener una atención más digna y acorde a la necesidad de aliviar el dolor causado por la bursitis y Tenosinovitis encontrándome con la sorpresa en el 2018 de que EMI no me daba incapacidades porque “en su sistema existía la observación de no darme incapacidades” según el profesional tratante por solicitud de la EPS o del empleador; aun cuando las incapacidades no excedían 2 días y no había injerencia de la EPS en el pago de las mismas.*

CUARTO: *A pesar de mi condición de salud abiertamente conocida por el Banco, ya que he radicado múltiples incapacidades médicas tanto de EMI (hasta donde me permitieron ustedes) y de la EPS, no se ha hecho una evaluación de mi carga laboral, aun habiéndoselas pedido; puesto que se me informó que solo se haría un ajuste de meta con recomendaciones médicas emitidas por Medicina Laboral, lo cual implicaría esperar mínimo dos años más bajo las condiciones actuales, en donde tengo las mismas metas de productividad y efectividad que las personas sin síntomas ni diagnósticos médicos de enfermedades osteomusculares relacionadas con la actividad laboral; permaneciendo en una misma posición y realizando movimientos repetitivos durante ocho horas diarias en detrimento de mi salud complicando mi condición médica.*

Situación que hace más gravosa por el clima laboral que se maneja en el proceso, donde la Dirección de Crédito trata de manera indiferente mi condición, al imponer cargas que no tienen en cuenta la disminución de mi capacidad laboral con ocasión del dolor crónico.

Igualmente, el Banco conociendo mi condición, se comprometió a otorgarme tiempo de pausas activas de cinco minutos cada dos horas, lo cual no es posible realizar en días en los cuales la meta de productividad de traza (sic) en más de 125 puntos para todos los analistas, sin importar mis antecedentes médicos, la inflamación constante de mi extremidad superior izquierda y la incapacidad crónica que se ha producido por la bursitis y Tenosinotivis.

QUINTO: *Para que ustedes me reciban las incapacidades médicas iguales o superiores a tres días, me han pedido copia de la historia clínica y se las he entregado, documento que por ley tiene el carácter de privado y sometido a reserva, tal como lo describe el Decreto Ley 019 de 2012, en la cual una empresa del sector privado o público “no puede solicitar copia de historias clínicas ni pretender acceder a ésta en su totalidad o parte de ella, toda vez que dicho documento es reservado y además porque a él no se ha previsto que tenga acceso el empleador, siendo esta la razón por la cual, es claro que para efectos de tramitar incapacidades y licencias, no es procedente que las EPS exijan a los empleadores y estos a los trabajadores, copia de la historia clínica”.*

SEXTO: *En abril de 2018 me pasaron un llamado de atención por el incumplimiento de mi gestión en los indicadores establecidos por la dirección de crédito masivo en el año 2017, sin haber tenido en cuenta temas como:*

- *Mi condición de salud*
- *El clima laboral que se manejaba en el proceso.*

El día 17 de abril de 2018 di respuesta a tal llamado de atención esgrimiendo los argumentos de mi condición de salud y tema laboral en detalle del periodo en referencia.

SÉPTIMO: *Según el seguimiento a recomendaciones por enfermedad firmado el 5 de junio de 2018, el Banco me otorgaría el tiempo requerido para asistir a citas y controles médicos, pese a que mis citas eran programadas a las 4pm en la clínica Colombia, lo cual me implicaba salir a las 3pm, el área solo tiene estipulada una disminución de 12 puntos en la meta diaria por concepto de terapias, lo cual equivale a 1 hora de trabajo aproximadamente y no a 2,5 horas como yo lo requiero, lo que ocasiona que en los días de terapias se aumente mi carga laboral porque implica hacer más en menos tiempo. Por tal motivo no he podido programar nuevamente terapias, ya que se genera un sobreesfuerzo en mi condición genera dolor constante e incapacidad para el desarrollo de todas mis actividades diarias. Aparte de afectar también mi salud mental, ya que es difícil sobrellevar el dolor y la incapacidad que me acompañan continuamente en día a día, más aun cuando los profesionales de la salud me indican que debo tomar la menor cantidad de medicamentos posibles puesto que por la cantidad de tiempo que llevo tomándolos, corro riesgo de sufrir un daño renal a futuro.*

OCTAVO: *Debido a la sobrecarga laboral de la última semana del mes de noviembre (meta de 140 puntos), el día 4 de Diciembre tuve que asistir a Urgencias de la EPS, puesto que la situación física de mi brazo izquierdo me impidió asistir a laborar normalmente por el dolor, la inflamación y el hormigueo constante en mi mano, en urgencias me catalogaron como triage 4 y me asignaron una cita médica prioritaria las 7pm del mismo día; le informé a mi coordinador encargado mediante correo electrónico a las 11:42 am al ser atendida en la sede de la Cruz Roja, sin embargo recibí una llamada alrededor de las 3pm solicitándome que explicara en donde estaba y como iba a justificar mi ausencia, por lo que debí enviar mediante mi correo electrónico personal una foto de mi documento de admisión de triage y de la asignación de la cita a*

las 7 pm. Asistí a mi cita y la doctora me dio 3 días de incapacidad, debido a la inasistencia previa para justificar mi ausencia, lo cual denota la poca importancia ante mi condición médica y siempre poniendo en entre dicho mi palabra, mi buena y mi situación de salud que siempre ha sido debidamente soportada al tener que enviar la incapacidad antes de retornar a mis labores al término de la misma.

NOVENA: *Desafortunadamente por mí calidad de empleada me encuentro en el extremo débil de la relación contractual y que pese a haber intentado cambiar mis condiciones laborales en pro de mejorar mi salud, el Banco ha hecho caso omiso a ello, y como me lo han dicho la mayoría de profesionales que me han atendido a lo largo de este tiempo, la solución es dejar de hacer lo que me está generando daño, sin embargo he tenido que seguir trabajando pese a mi condición de salud, puesto que las obligaciones diarias no dan espera, lo que doblega mi necesidad reclamante. Desafortunadamente esperar un dictamen de medicina laboral en mi condición física actual, no es una opción, puesto que es un proceso largo y según comentarios referentes a una conocida con el mismo diagnóstico mío, el proceso de reubicación de funciones o área dado por la ARL en el Banco, se surtió después de mucho tiempo, cuando ya ella está en medio de una situación crítica de su condición física no solo para trabajar y no espero ni quiero que me suceda lo mismo.”*

Conforme lo anterior, las manifestaciones expuestas por la actora en la carta de renuncia, como motivantes para la terminación del vínculo en síntesis hacen referencia a que su decisión fue una consecuencia de su estado de salud, la presunta falta de diligencia de la demandada en la adopción de medidas que ayudaran a mitigar las consecuencias su patología y hacer “más llevadero” su trabajo, la exigencia de presentación de la historia clínica como soporte de sus incapacidades, la realización de un llamado de atención por presunto incumplimiento, la excesiva carga laboral y el requerimiento a justificar su inasistencia.

No obstante lo anterior, una vez realizado el análisis íntegro del material probatorio recaudado en autos, puede la Sala establecer que las razones en las cuales la demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo, no se acreditaron y por el contrario, lo que se advierte de las probanzas es el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo de la empleadora, tal como a continuación se expone.

En primer lugar, no discute la demandada en ningún momento la existencia del padecimiento que aqueja a la demandante, así como tampoco, que esa situación generó múltiples incapacidades a su favor y la emisión de recomendaciones médicas las cuales, en todo caso, se advierten a folios 37, 39, 40 41, 48, 54, 55, 57 y 58 a 60; no obstante, pese a que en el primer hecho de la carta de renuncia la demandante advierte que sus enfermedades de bursitis y tenosinovitis son

“atribuibles al desempeño de sus labores”, lo cierto es que de ninguno de los medios de prueba se puede inferir que las patologías que la aquejan fueron consecuencia de su actividad laboral al servicio de la pasiva, en tanto, como bien lo refirió el apoderado en los alegatos surtidos en primera instancia, la actora no se ha sometido a una calificación para determinar si la misma tiene origen laboral. En todo caso, aunque hubiese adquirido la enfermedad como consecuencia de su trabajo, esa sola circunstancia no configura una causal de terminación del contrato de trabajo como quiera que, sabido es, toda actividad laboral comporta un riesgo.

Adicionalmente, frente al primer aspecto contenido en la misiva de dimisión, valga anotarse igualmente, no se aportó prueba al plenario que dé cuenta que la actora en algún momento solicitó el cambio de sus condiciones laborales con el fin de mejorar sus problemas de salud, advirtiéndose, ninguna de las recomendaciones emitidas a su favor, y las cuales fueron acatadas por su empleadora (folio 57, 226, 27 a 225) sugerían un cambio de actividades o su reubicación como se insinúa en el demanda, en tanto el documento de folio 46 calendado 21 de febrero de 2018 realizado a mano alzada lo que hizo fue remitir a la señora VEGA a valoración por medicina laboral (folio 47).

Por otra parte, frente al punto dos de la carta, debe decirse, la inconformidad de la activa frente a la mora en la asignación de sus citas con especialistas, no es un hecho que pueda endilgarse a la demandada, comoquiera que no está a su cargo el agendamiento de las mismas, sino más bien es una situación que atañe a las entidades que integran el sistema de seguridad social cuya afiliación por parte de la entidad financiera llamada a juicio no fue objeto de discusión.

Además, respecto del tercer aspecto consignado en la renuncia, en los que se alude una presunta orden dada por parte de la empleadora a EMI de no generar incapacidades a favor de la convocante, valga señalar, estas son aseveraciones que no trascendieron al plano probatorio como bien se reconoció por la recurrente en la alzada, es más, según lo plasmado ni siquiera existe claridad o certeza de quién fue quien entregó dicha instrucción a esa prestadora de servicios de salud.

De otro lado, en lo que toca a la carga laboral, ni un solo medio de convicción se trajo a juicio del que se pudiera entrar analizar el volumen de trabajo que debía asumir diariamente la trabajadora, ni el impacto de esta carga en la supuesta

exacerbación de sus patologías, ni que las tareas asignadas no estuvieran acordes con las recomendaciones dadas por su médico tratante, precisando, si bien a folios 63 a 71 reposan pantallazos del “registro- trámite diario” no hay forma de verificar que estas fuesen las tareas asignadas a la demandante, pues no aparece su nombre, y con tales legajos tampoco se puede establecer la cantidad de tiempo requerido para la ejecución de estas.

En ese mismo sentido, se resalta, en el expediente no hay evidencia de petición alguna que efectuara la demandante a la sociedad demandada solicitando la revisión de su carga laboral y, por el contrario, al absolver el interrogatorio de parte⁶ ella confesó que en las oportunidades en que debía acudir a citas médicas o terapias, para lo cual nunca se le negó el permiso, se efectuaba una reducción de sus metas o carga laboral, aunque esta le pareciera insuficiente, situación que fue corroborada igualmente por los testigos EDGAR MAURICIO QUESADA SALGADO⁷ y ELKIN AUGUSTO BEJARANO AGUIRRE⁸, gerentes de crédito y superiores jerárquicos de la demandante, quienes fueron contestes en señalar que no se incrementó su carga laboral y por el contrario se disminuía según el tiempo que requería para acudir a citas médicas y terapias. Además, de lo anotado, en la inspección a puesto de trabajo realizada el 15 de septiembre de 2017, se determinó un riesgo bajo (folio 226).

Téngase en cuenta que las recomendaciones correspondían a la realización de pausas activas cada dos horas, higiene postural de columna, continuar terapias con EPS y su inclusión en PVE –Programa de Vigilancia Epidemiológico-osteomuscular, mismas que fueron atendidas por la encartada (folio 57) y cuya efectividad en gran medida era responsabilidad de la demandante como se dejó plasmado en el seguimiento suscrito el 5 de junio de 2018 (folio 57) pues el compromiso del banco era autorizar el tiempo para, por ejemplo, permitir la realización de las pausas activas y para asistir a citas y controles médicos, y brindar capacitación en higiene postural, como en efecto lo hizo (folio 217 a 225). Tal como lo indicó la juez de primer grado, no puede olvidarse que a los trabajadores también les asiste el deber del autocuidado siendo por tanto obligación de la demandante cumplir con las instrucciones de su médico tratante en los tiempos autorizados por su empleadora.

⁶ Cd folio 254, récord 08:47.

⁷ Cd folio 254 récord 21:07

⁸ Cd folio 254, récord 46:37

Ahora, tampoco resulta razonable la invocación como una justa causa de terminación del contrato atribuible al empleador, el ejercicio de su poder subordinante y en virtud del cual requirió a la actora el cumplimiento las obligaciones que le incumbían como trabajadora, máxime si se tiene en cuenta que no hay elementos que permitan inferir que se trató de una persecución laboral o que las irregularidades achacadas en el llamado de atención son por su condición de salud, por el contrario, el Banco ejecutaba un programa de acompañamiento al analista (folios 203 a 213) donde periódicamente se evaluaba el desempeño de la actora y se exponían sus oportunidades de mejora, sin que esta efectuara observación alguna frente a la imposibilidad de cumplir las metas propuestas por la condición clínica que presentaba.

En el mismo sentido se refiere a la Sala a lo dicho por la actora en el numeral octavo de la misiva, pues no puede olvidarse que el numeral 4 del artículo 60 del C.S.T, prevé como una prohibición del trabajador "*faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del patrono*" y en esa medida, de manera consecuente, ante la ausencia del trabajador resulta razonable que el empleador indague dónde se encuentra este o cuál es la razón para no asistir a trabajar, siendo necesario que eventualmente se pidan soportes de la justificación, lo que en autos, en manera alguna puede ser constitutivo de causal de terminación.

Finalmente, con relación al numeral 9, para esta Corporación la decisión de la convocante de esperar o no un dictamen de calificación de invalidez, es una decisión que le incumbe solo a esta, precisando, el trámite para la realización determinación de la pérdida de capacidad laboral está plasmado en la Ley y no obedece a un capricho del Banco demandado.

Por lo expuesto, a juicio de esta Sala de decisión resulta acertada la decisión de la *a quo*, en cuanto señaló que no se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, lo que conlleva a que se entienda que la decisión de la demandante de finalizar el vínculo laboral que lo ataba a la encartada, fue libre y voluntaria, tal y como se indicó desde el inicio de esta providencia.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

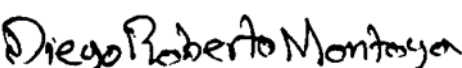
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

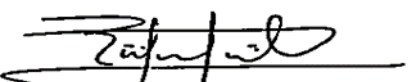
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OMAR ROZO PEREZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2019 00769 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (folios 189 vto. y 190 a 199)


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 185 a 189), mediante correo electrónico del 24 de febrero de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez

Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 10 de diciembre de 2020 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 179, récord 46:03, Acta folios 180 y 181), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante OMAR ROZO PEREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de marzo de 1995 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante conforme a lo expuesto anteriormente.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR S.A, fijándose como agencias en derecho la suma de 600 000 pesos.

SEXTO: Súrtase grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR interpuso recurso de apelación advirtiendo, si lo pretendido era declarar la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 tenía que considerarse que dicha norma prevé, además de dejar sin efecto la afiliación, una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo cuando cualquier persona natural o jurídica realiza actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, precisando, tal disposición no se refiere a las situaciones planteadas en los artículos 1470 y siguientes del Código Civil por virtud del principio de inescindibilidad, pese a ello, asegura, se acude indiscriminadamente a las normas de seguridad social y de las leyes civiles para resolver lo atinente a la ineficacia del traslado.

Por otra parte, sostiene, el formulario de afiliación “es un documento público que se presume auténtico” según el artículo 54 del C.P.T, además de contener las declaraciones que exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, la indicación que la selección de régimen del demandante fue de manera libre y voluntaria.

Aduce, no se ajusta a la realidad procesal la supuesta falta de prueba del cumplimiento del deber de información completa, veraz y oportuna al afiliado, pues por el contrario, considera, si cumplió con la carga procesal que le incumbía, aportando los documentos que tenía en su poder y que daban cuenta de que la vinculación fue producto de una decisión libre e informada del actor, anotando, ello se demuestra no solo con el formulario de afiliación, sino también con la conducta del demandante quien permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino al fondo privado.

De otro lado, asevera, no es viable jurídicamente imponerle cargas distintas a las que se preveían en las leyes vigentes al momento en que se produjo el tránsito de régimen ya que ello conduciría, dice, a una violación al debido proceso y confianza legítima de esa sociedad, en tanto el acto jurídico fue suscrito por una persona capaz, existía objeto y causa lícita, y no puede ser invalidado con fundamento en interpretaciones y alcances de una norma, desconociendo *“instituciones de un Estado Social de Derecho como son la validez y las consecuencias de los actos jurídicos”*.

Señala, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas retornen al estado anterior *“en estricto sentido se produciría los siguientes efectos: el contrato de afiliación no debió haber existido, Porvenir no debió administrar los recursos de la cuenta de individual, los rendimientos que produjo la cuenta no se causaron y adicionalmente no existió un cobro por comisiones de administración”* y en esa medida, tratándose de restituciones mutuas, tiene derecho conservar las mejoras que fueron generadas gracias a su buena gestión, estimando, la orden de devolver las cuotas de administración constituye un enriquecimiento *ilícito* a favor de Colpensiones quien no solo recibe los rendimientos sino también unas comisiones por una administración que no realizó.

En ese sentido, advierte, al no pertenecer dichos gastos de administración al afiliado y al no estar llamados a financiar la pensión, estos se ven afectados por el fenómeno de la prescripción¹ (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a

¹ *“Muchas gracias su señoría con el debido respeto me aparto del fallo de primera instancia y procedo a interponer recurso de apelación en contra de este, toda vez que en este proceso si lo que se pretende es declarar la ineficacia prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 hay que tener claro que esta norma indica y establece que cualquier persona natural o jurídica que hubiere realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado se haría acreedora de una multa administrativa que interpone el ministerio del trabajo, y también menciona que el efecto es que la afiliación queda sin efecto, sin embargo bajo ninguna circunstancia se está hablando de situaciones que se plantean en los artículos 1740 y siguientes*

través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 179, récord 47:06, Acta folios 180 y 181).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

del código civil y esto es por un principio básico el cual es la indivisibilidad de las normas que impide acudir de forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto, pese a esto para definir las declaraciones de ineficacia de los traslados de régimen pensional que acuda a normas del sistema general de pensiones sin consideración a que esta propia norma indica que será ineficaz un traslado cuando se ejecuta la conducta con la intención que allí se menciona y para establecer los efectos de esta ineficacia se acude a disposiciones del código civil , también sin tener en cuenta los presupuestos de este compendio normativo consagrados para que se declare la nulidad en un acto o contrato.

Igualmente se debe tener presente que el formulario de afiliación es documento público que se presume auténtico esto según el artículo 54 del código procesal del trabajo y adicionalmente contiene las declaraciones que le exige la ley 100 de 1993 en su artículo 114 esto es que la selección de régimen del demandante fue de manera libre y voluntaria.

Igualmente se aduce que mi representada no allego de prueba el cumplimiento del deber con el demandante al entregarle información completa veraz y oportuna y tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal por cuanto mi representada de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que el demandante estaba vinculado con mi representada producto de una decisión libre e informada lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación sino también con la conducta del afiliado que permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto nos conducen a la certeza de concluir que la intención del aquí demandante era la de pertenecer a este régimen.

Igualmente vale mencionar que jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada a las que se preveían en las leyes que sucedió la afiliación el demandante pues esto conduciría a una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que represento ya que para la época en la que se celebró este acto no solamente el afiliado era una persona jurídicamente capaz , sino que adicionalmente el acto citado continuo efecto y causa lícita y ahora por cuenta interpretaciones y alcances de unas normas se desconocen instituciones de un estado social de derecho como son la validez y las consecuencias de los actos jurídicos

Ahora bien si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido se produciría los siguientes efectos: el contrato de afiliación no debió haber existido , porvenir no debió administrar los recursos de la cuenta de individual , los rendimientos que produjo la cuenta no se causaron y adicionalmente no existió un cobro por comisiones de administración, sin embargo se debe tener presente que el artículo 1746 del Código Civil habla de las restituciones mutuas intereses, frutos y abono de mejoras con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia de la afiliación de que nunca existió el contrato de afiliación no se pudo desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y así las cosas producto de la buena gestión de mi representada la entidad tiene derecho a conservar estas mejoras toda vez que hizo rentar el patrimonio del demandante. También se debe tener de presente que en este caso donde se le ordena a porvenir a devolver a Colpensiones tanto los aportes como los rendimientos y adicionalmente lo descontado por comisiones de administración se está constituyendo en un enriquecimiento ilícito en el fondo a favor de Colpensiones pues esta entidad está recibiendo unos rendimientos generados bajo una administración de mi representada sin reconocer o pagar ningún concepto de la gestión realizada, realizándose entonces una interpretación que no es acorde a la ley.

Igualmente en este orden de ideas los gastos de administración al no corresponder al valor que pertenece a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales pues es claro que estos ni siquiera financian la pensión de vejez son un argumento válido para aplicar que si aplicaría la prescripción en este concreto y si estaríamos entonces ante los artículos 488 del CST y 151 del código procesal del trabajo y así debería declararse en este proceso, así las cosas señores magistrados les solicito respetuosamente que revoque el fallo de primera instancia en su totalidad y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones que se presentaron en su contra muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante OMAR ROZO PEREZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 6 y 7) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 6), aspirando principalmente se declare que PORVENIR incumplió su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. En consecuencia, se declare “*nula e ineficaz*” la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a la AFP PORVENIR por entenderse que la falta de información vició su consentimiento, declarándose válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Pide además, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar y a esta última, activar su afiliación y a recibir la totalidad de los dineros trasladados por la AFP. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos financieros, sin lugar a descontar los gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de febrero de 1961 (folio 15), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 23 de octubre de 2018 (folios 41 y 42) y a PORVENIR el 30 de octubre siguiente (folio 40), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 57 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 309.29 semanas de cotización (historia laboral Ministerio de Hacienda, folio 165) equivalentes a 5,93 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **8 de marzo de 1995** (folios 21 y 149) específicamente conforme al formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

³ Era trabajador del sector privado.

información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “*es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez*” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad

informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos

pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)”

No se trata enmarca el asunto entonces en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que a su lugar de trabajo acudieron asesores de PORVENIR quienes le manifestaron que el seguro social se acabaría y las semanas allí cotizadas podrían perderse y que los fondos pensionales eran el futuro de las pensiones en el país, por lo que debían afiliarse para conservar el tiempo cotizado con el ISS, información que le pareció consistente con las noticias que escuchaba sobre el particular, empero, dijo, nunca le indicaron que requería de un capital para pensionarse, como se financiaba la pensión, entre otros, que solo vino a conocer en el 2018 cuando indagó por su pensión.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 21, 149 vto.), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la

⁶ Cd folio 179, récord 06:42.

información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (8 de marzo de 1995, folio 149), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (folio 150), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es

suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁷ (folio 71), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

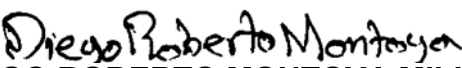
⁷ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 30 de enero de 2020 (folio 172)

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO LUZ MYRIAM CASALLAS
MORENO CONTRA EMPRESA DE VIGILANCIA PRIVADA DEL ORIENTE
LTDA. -VIPRIORIENTE- (RAD. 27 2018 00582 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante (fl. 137), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de la sentencia proferida por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre del 2020 (Cd. fl. 130, record 9:52, acta a folio 131 y 132), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora LUZ MYRIAM CASALLAS MORENO como trabajadora y la empresa de VIGILANCIA PRIVADA DEL ORIENTE LTDA. VIPRIORIENTE como empleadora existió un contrato a término indefinido que estuvo vigente entre el 14 de julio del 2015 y el 21 de agosto de 2017 en virtud del cual se desempeñó como guardia de seguridad conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda y ***ABSOLVER*** de las mismas a la empresa Vigilancia Privada del Oriente Ltda. VIPRIORIENTE por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NO CONDENAR en ***COSTAS*** a la demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ MYRIAM CASALLAS MORENO en éste ordinario, las pretensiones incoadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 a 4, aspirando principalmente se declare que existió un contrato de trabajo, en consecuencia se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio, vacaciones anuales remuneradas, se ordene el reintegro por haber terminado de forma arbitraria e irregular el contrato, junto con los salarios dejados de percibir, la indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que no existe deuda alguna a favor de la demandante por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, pues la misma demandante confesó haber recibido todo sus pagos durante la vigencia de la relación laboral, en relación con el reintegro el cual se basó en el hecho de tener la demandante una estabilidad laboral reforzada, preciso que en el caso de autos ni siquiera se pudo determinar si hubo un despido o desvinculación de la demandante por parte de su empleador, como tampoco se demostró que la demandante tuviera un deterioro de salud para alegar una posible estabilidad.

Así las cosas, a lo primero que se debe hacer referencia, es que en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En el presente caso, es claro que no existe controversia sobre la vinculación laboral de la demandante con la pasiva, pues así lo acepta la parte demandada

en la respuesta a un derecho de petición elevado por la actora obrante a folios 22 y 23 en el que se señala como fecha de inicio del vínculo el 14 de julio del 2015 y como de finalización 19 de agosto del 2017, no obstante la controversia gira en torno a establecer si se le adeudan los cesantías con sus intereses, primas de servicio, vacaciones remunerada y se debe acceder al reintegro el cual fundamenta en el hecho de contar con una estabilidad laboral reforzada al ser despedida mientras se encontraba en un tratamiento psiquiátrico (ver hecho No.8 fl. 3).

Determinado lo anterior, se procede al estudio entonces de las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías e intereses a las cesantías, primas de servicios y compensación de vacaciones, advirtiéndose en el interrogatorio de parte absuelto por la actora (Cd. fl. 130, record: 1:03:50) ésta confeso que su empleadora le canceló todas sus prestaciones sociales a tiempo refiriendo las cesantías le fueron consignadas en el fondo Porvenir, precisando que si bien no tuvo un periodo de vacaciones las mismas fueron compensadas en dinero, señalando que el único fin del presente proceso era el reconocimiento de una indemnización por un despido injusto, advirtiendo la Sala los dichos de la actora encuentran respaldo en las pruebas de oficio decretadas por la Juez de primer grado visibles a folios 75 a 82 en donde se encuentran:

- Liquidación efectuada por la demandada, donde se reconocieron cesantías, interés de cesantías, primas de servicio y vacaciones en suma de \$896.902 (fl. 75).
- Extracto bancario que da cuenta del pago de dicha liquidación (fl. 76).
- Relación del pago de cesantías e intereses a las cesantías del 2015 (fls. 79 y 80).
- Relación del pago de cesantías del año 2016 junto con el reporte en el banco (fls. 81 y 82)

Por ende resulta claro que frente a éste aspecto la accionada no incurrió en deuda alguna y en esa medida no se genera condena por tales rubros.

Finalmente y en lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada (*expuesta en los hechos de la demanda y en el acápite de fundamentos de*

derecho), funda sus aspiraciones la accionante en la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, disposición que en su artículo 26, señala: “*Ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo*”, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000. Nótese que la norma es clara en prohibir el despido o que el contrato sea terminado por razón del estado de salud del trabajador, descartando de contera, aquellos eventos en que la terminación es motivada por el propio trabajador.

Para lograr la ineficacia del despido o la terminación del contrato, o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación; mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados o acreditar la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación.

Advirtiéndose la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, **estaría desvirtuada en el caso de marras**, en tanto que **en autos ni tan siquiera se demostró el hecho del despido**, por cuanto, frente a este punto no se allegó medio de prueba alguna, recordándose, las manifestaciones del interrogatorio de parte de la promotora del litigio, en cuanto a que refirió haber sufrido una parálisis facial para el momento en que el supervisor le terminó el contrato de trabajo, no pueden ser valoradas, dado que tal prueba busca la confesión y por tal razón solo se tienen en cuenta las afirmaciones que vayan en contravía de los intereses del absolvente, pues de lo contrario sería avalar que la parte fabrique su propia prueba, y en ese orden, no es dable la procedencia de las condenas derivadas de la declaración del despido bajo el amparo de la estabilidad laboral reforzada, pues se itera se

desconocen las circunstancias que rodearon la finalización del vínculo contractual.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

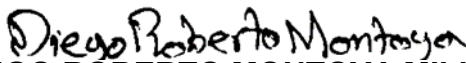
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

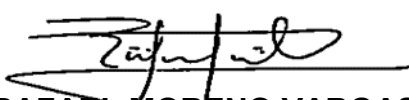
R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNAN DAVID
BADILLO MARTÍNEZ CONTRA MERCADOS COLOMBIANOS JBM S.A.S –
MERKACOL JMB S.A.S. (RAD. 29 2019 00309 01)**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada (folios 179 y 180), remitidos mediante correo electrónico del 4 de febrero de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 14 de diciembre de 2020 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 171, récord 13:54, Acta folios 172 y vto.), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada MERCADOS COLOMBIANOS JBM S.A.S de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante señor HERNAN DAVID BADILLO MARTINEZ de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como quiera que las resultas del proceso son adversas al trabajador en caso de no ser apelado por parte del demandante enviarse en CONSULTA al Honorable Tribunal Superior de Bogotá.

TERCERO: CONDENAR al demandante HERNAN DAVID BADILLO MARTINEZ al pago de las COSTAS del proceso fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000 pesos”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, señalando no encontrarse conforme con la conclusión de la juez respecto a que se trató de un salario variable pues, en su sentir, en los términos del artículo 127 del C.S.T. el haber recibido horas extras u otro tipo de remuneración no constituye un salario variable por lo que la liquidación debió corresponder al salario percibido en los tres últimos meses que fue superior¹ (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 171, récord 14:40, Acta folios 172 y vto.)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HERNAN DAVID BADILLO MARTÍNEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 32 a 34) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 31 y 32), solicitando se declare que la demandada lo despidió sin justa causa; que se condene y ordene a la empresa MERCADOS COLOMBIANOS JBM S.A.S a pagar la reliquidación de las prestaciones sociales durante la vinculación laboral y como consecuencia de ello se proceda al pago de las diferencias entre lo liquidado y pagado, “con lo que jurídicamente se debió liquidar y pagar, respecto de los emolumentos prestacionales”, junto con la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías, la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T y la diferencia de la indemnización por despido sin justa causa, todo debidamente indexado. Pide además, se ordene a la demandada certificar correctamente el cargo desempeñado dentro de la compañía los últimos 9 meses y que fuera notificado verbalmente en el mes de diciembre de 2017. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a la**

¹ “Señora Juez con todo respeto ante usted nos permitimos interponer recurso de apelación por cuanto no estamos de acuerdo en que se haya constituido efectivamente un salario variable, en ningún momento mi apoderado recibió el salario variable como consta el artículo 127 del CST por cuanto el haya recibido horas extra u otro tipo de remuneración, no se constituye de un salario variable y de igual manera se debió corresponder al salario conforme lo liquidado los tres últimos meses que percibió que fue un valor superior al que se vio en el transcurso del año como sumercé lo vio en la liquidación, por eso nosotros interponemos recurso de apelación porque no se constituye un salario variable como tal para que se liquide el año tal como lo aduce la sentencia anteriormente mencionada.”

convocada a juicio de todas las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que el salario devengado por el demandante en vigencia de su relación laboral era variable, de allí que las prestaciones y vacaciones adeudadas a la terminación del contrato debieran liquidarse teniendo en cuenta el promedio correspondiente, precisando, hechas las operaciones matemáticas respectivas era claro que la demandada no adeudaba suma alguna al actor pues incluso lo cancelado fue superior a lo liquidado por el Despacho.

Preliminarmente es importante precisar al demandante que en los términos del artículo 66 del C.P.T y la S.S., las razones de inconformidad contra la providencia dictada debían ser expuestas de manera oral en ese mismo acto, por lo que el escrito radicado mediante correo electrónico el 16 de diciembre de 2020 ante el juzgado *a quo* (folios 173 a 175) con el asunto “*recurso de apelación*” no puede ser tenido en cuenta por la Sala como una ampliación de la alzada que se presentara en la audiencia respectiva.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

De tal manera, se advierte, en el asunto no existe controversia en cuanto a la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes entre el 24 de mayo de 2017 y el 8 de agosto de 2018, aspectos sobre los cuales discurrió la juez *a quo* y que fueron excluidos de controversia por la aceptación de las partes, respecto de los cuales no se formuló reparo alguno en la alzada; además se constatan de la documental visible a folios 3 a 8, 9, 21, 109 a 137.

Del mismo modo, no es objeto de discusión en esta instancia que el contrato finalizó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora, con el consecuente pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T. (folio 9 y 21.

Pues bien, bajo las premisas señaladas la Sala entrará a determinar si es procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones pagadas al actor al momento de finalizar su contrato de trabajo.

Para resolver esta cuestión, aduce el actor que en la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización efectuada por la demandada y pagada al finalizar su contrato de trabajo no se tuvo en cuenta el salario realmente devengado sino uno inferior, enfatizando en la alzada que no se trató de una retribución variable sino fija. Por su parte la demandada asevera haber efectuado correctamente el cálculo teniendo en cuenta el salario promedio cancelado al convocante del juicio.

Así, en línea a dar respuesta al problema jurídico propuesto, conviene en primer término precisar si el salario devengado por el trabajador era fijo o variable.

Al tema, recuerda la Sala, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 del C.S.T. *“el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc. (...)”*. Tal retribución bien puede ser entonces fija, variable o mixta.

En términos de la Corte Suprema de Justicia el salario es *fijo* cuando se pacta por unidad de tiempo y es *variable* si se determina por el resultado de la actividad desplegada por el trabajador como son las retribuciones por tarea, obra, destajo, comisión, participación de utilidades y otras similares² características que por regla general se deducen de la estipulación convenida entre las partes.

Puntualmente, en sentencia con radicación 1586 del 5 de octubre de 1987, esa Corporación sostuvo:

“El salario es fijo o variable, como lo ha expresado esta Sala en varias oportunidades, según se pacte por unidad de tiempo (salario fijo) o se determine de acuerdo al resultado de la actividad desplegada por el trabajador, y que admite las modalidades de retribución por tarea, obra, a destajo, por comisión, participación de utilidades y otras similares (salario variable), características del salario que pueden deducirse en primer término por la estipulación inicialmente pactada al celebrarse el contrato de trabajo.”

² Sentencia radicada 45087 del 1 de noviembre de 1991.

Es importante precisar que no siempre que se presenten *variaciones en el salario*, significa que la retribución del trabajador dejó de ser fija y que se convirtió en *salario variable*, en otros términos, puede pasar que a pesar de tener un salario fijo, el trabajador perciba un salario diferente cada mes, *verbi gratia* por haber realizado trabajo extra o suplementario, o en días dominicales o festivos, recibir viáticos, faltar a laborar, ajustes anuales o incremento salarial, entre otros, sin que ello implique la modificación de las condiciones esenciales de la retribución pactada. Así lo adocrinó el órgano de cierre de esta jurisdicción en la providencia antes citada en la que textualmente indicó:

“Ello quiere decir, que si el contrato de trabajo estipula una remuneración por unidad de tiempo (días, semanas, meses, etc.), dicho salario no deja de ser fijo porque en su ejecución se reconozca trabajo suplementario dominicales, viáticos, ni porque el pago en algún momento incluya bonificaciones esporádicas o condicionadas al cumplimiento de determinados eventos, como el incremento de la producción por ejemplo”

Si el salario está conformado por una remuneración fija (sueldo básico) y por otros conceptos también fijos como son sobresueldos, primas o bonificaciones habituales, devengados en el último año de servicios, estos deben incluirse en la liquidación final de prestaciones sociales, ya que todos ellos se causan como una retribución constante y permanente a la prestación de servicios por el trabajador en beneficio del empleador.

Tal distinción cobra relevancia por cuanto de la forma como sea retribuido el servicio del trabajador también dependerá el modo de liquidar las prestaciones sociales, vacaciones y otras acreencias laborales o indemnizatorias que deban ser pagadas al trabajador, según las disposiciones que regulan cada concepto.

En el caso bajo estudio se advierte en la cláusula sexta del contrato de trabajo frente al salario se pactó (folio 7):

“LA PARTE EMPLEADA devengará mensualmente un salario de \$1.500.000 mensual, con prestaciones de ley. El salario se cancelará en quincenas cumplidas. En la cuenta de ahorros de nómina que le asigne el BBVA. Dentro de ese pago se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos. (...)”

No obstante, de los comprobantes de nómina del demandante (folios 109 a 137) se advierte un salario menor entre junio de 2017 y abril de 2018, pues se relaciona como valor cancelado por concepto de “*sueldo*” la suma de \$500.000 quincenales, esto es \$1.000.000 mensuales (folios 115 a 137) precisándose, el actor devengó otras sumas bajo los rubros “*recargo nocturno*”, “*auxilio de transporte*” y “*horas extras*”, que adicionados al sueldo, suman \$1.500.000 mensuales.

Debe anotarse igualmente, aunque en la segunda quincena de marzo de 2018 (folio 117), la primera de enero de 2018 (f. 123), la segunda de noviembre de 2017 (folio 126) y la segunda de octubre de 2017 (folio 128) recibió bajo el concepto de “*sueldo*” menos de quinientos mil pesos, ello fue en razón a que laboró menos días; sin embargo, lo pagado resulta ser proporcional al tiempo trabajado liquidado sobre la base de los aludidos \$500.000.

Además, para el periodo comprendido entre mayo y julio de 2018 (folios 109 a 114), el “*sueldo*” es incrementado a \$1.000.000 quincenal, esto es, \$2.000.000 al mes, precisando, para tales mensualidades recibió igualmente “*recargos nocturnos*” y “*horas extras*” en suma fija de \$500.000 quincenales. En total en el lapso descrito, recibió \$3.000.000 como retribución, agregando, igual a lo precisando en precedencia, aunque en julio de 2018 recibió \$933.333, ello fue por laborar 14 días.

Los comprobantes de nómina del actor a los que se hace referencia (folios 109 a 137) contienen los valores que a continuación se detallan:

Periodo		Días laborados	Sueldo	Recargo Nocturno	Auxilio de Transporte	Horas extras	TOTAL	Folio
Desde	Hasta							
1-jun-17	15-jun-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.000,00	137
16-jun-17	30-jun-17	14	\$ 466.667,00	\$ 46.667,00	\$ 38.799,00	\$ 147.868,00	\$ 700.015,00	136
1-jul-17	15-jul-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	135
16-jul-17	30-jul-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	134
1-ago-17	15-ago-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	133
16-ago-17	30-ago-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	132
1-sep-17	15-sep-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	131
16-sep-17	30-sep-17	14	\$ 466.667,00	\$ 46.667,00	\$ 38.799,00	\$ 147.868,00	\$ 700.015,00	130
1-oct-17	15-oct-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	129
16-oct-17	30-nov-17	13	\$ 433.333,00	\$ 43.333,00	\$ 36.027,00	\$ 137.306,00	\$ 650.012,00	128
1-nov-17	15-nov-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	127
16-nov-17	30-nov-17	10	\$ 333.333,00	\$ 33.333,00	\$ 27.713,00	\$ 105.620,00	\$ 500.009,00	126

1-dic-17	15-dic-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	125
16-dic-17	30-dic-17	15	\$ 500.000,00	\$ 50.000,00	\$ 41.570,00	\$ 158.430,00	\$ 750.015,00	124
1-ene-18	15-ene-18	14	\$ 466.667,00	\$ 35.835,00	\$ 41.165,00	\$ 156.333,00	\$ 700.014,00	123
16-ene-18	30-ene-18	15	\$ 500.000,00	\$ 38.395,00	\$ 44.106,00	\$ 167.500,00	\$ 750.016,00	122
1-feb-18	15-feb-18	15	\$ 500.000,00	\$ 38.395,00	\$ 44.106,00	\$ 167.500,00	\$ 750.016,00	120, 121
16-feb-18	28-feb-18	15	\$ 500.000,00	\$ 38.395,00	\$ 44.106,00	\$ 167.500,00	\$ 750.016,00	119
1-mar-18	15-mar-18	15	\$ 500.000,00	\$ 38.395,00	\$ 44.106,00	\$ 167.500,00	\$ 750.016,00	118
16-mar-18	30-mar-18	14	\$ 466.667,00	\$ 35.935,00	\$ 41.165,00	\$ 156.333,00	\$ 700.114,00	117
1-abr-18	15-abr-18	15	\$ 500.000,00	\$ 38.395,00	\$ 44.106,00	\$ 167.500,00	\$ 750.016,00	116
16-abr-18	30-abr-18	15	\$ 500.000,00	\$ 38.395,00	\$ 44.106,00	\$ 167.500,00	\$ 750.016,00	115
1-may-18	15-may-18	15	\$ 1.000.000,00	\$ 175.000,00	\$ -	\$ 325.000,00	\$ 1.500.015,00	114
16-may-18	30-ago-18	15	\$ 1.000.000,00	\$ 175.000,00	\$ -	\$ 325.000,00	\$ 1.500.015,00	113
1-jun-18	15-jun-18	15	\$ 1.000.000,00	\$ 175.000,00	\$ -	\$ 325.000,00	\$ 1.500.015,00	112
16-jun-18	30-jun-18	15	\$ 1.000.000,00	\$ 175.000,00	\$ -	\$ 325.000,00	\$ 1.500.015,00	111
1-jul-18	15-jul-18	15	\$ 1.000.000,00	\$ 175.000,00	\$ -	\$ 325.000,00	\$ 1.500.015,00	110
16-jul-18	30-jul-18	14	\$ 933.333,00	\$ 163.333,00	\$ -	\$ 303.333,00	\$ 1.400.013,00	109

Conforme los medios de prueba analizados, y atendiendo las precisiones normativas y jurisprudenciales hechas al inicio de esta providencia, para la Sala, contrario a lo sostenido por la juez de primer grado, el salario del demandante era fijo, empero durante la ejecución del contrato sufrió variaciones por las ausencias del demandante, las horas extras y los recargos nocturnos. Así, entre junio de 2017 y abril de 2018 correspondió a \$1.000.000 mensuales y a partir de junio de 2018 y hasta la finalización del vínculo, el mismo incrementó a \$2.000.000. En el examine, no existen elementos que permitan determinar que la remuneración no se pagaba en función de un periodo de tiempo, sino en función de lo que el trabajador hacía, a partir de lo cual se pudiera colegir, que en efecto, el salario tenía la calidad de variable.

Puntualizado lo anterior, pasa esta Corporación a verificar si hay lugar a reliquidar los conceptos cancelados en la liquidación final de prestaciones al actor, para lo cual habrá de tenerse en cuenta además que cuando una disposición se refiere al “salario ordinario” debe entenderse este como la remuneración, fija o variable, que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte, lo que de contera, excluye la remuneración extraordinaria que corresponde a las sumas que recibe el trabajador de forma adicional al salario ordinario, como los recargos nocturnos, horas extras, dominicales y festivos; por el contrario, cuando refiera simplemente al “salario” deberán entenderse comprendidos todos los elementos constitutivos del mismo al tenor del artículo 127 del C.S.T.

Al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de septiembre de 1959, reiterada en sentencia de 1 de marzo de 1991, radicado 4032, señaló:

“Ahora bien: cuando el Código habla de “salario” solamente, es claro que deben entenderse comprendidos todos los elementos que lo constituyen conforme al artículo 127, tal como ocurre en los casos indicados por los artículos 64, 249, 230, 278, 292, 306, entre otros, en cambio, cuando se refiere o emplea la expresión “salario ordinario”, es lógico que de ese concepto sean excluidos los demás elementos que concurren a constituir la “remuneración fija u ordinaria” a que se refiere la ley, como ocurre en los eventos contemplados por los artículos 173, 174, 192 y 204 del mismo Código”

En ese orden, en lo que corresponde a la prima de servicios conforme lo previsto en el artículo 306 del C.S.T. esta corresponderá a un mes de *salario* pagadera por semestres calendario, y en esa medida, su liquidación debe efectuarse tomando en cuenta el promedio de todos los ingresos salariales del trabajador durante esos 6 meses, o el tiempo proporcional si es inferior, con independencia de que se trate de un salario variable o un salario fijo que sufrió variación.

Así, la prima del segundo semestre de 2018 –del 1 de julio al 8 de agosto de 2018- que debía ser cancelada al demandante ascendía a **\$268.935,12³**, cifra que resulta inferior a la liquidada por la compañía demandada al finalizar el contrato de trabajo (folio 21), por lo que no hay lugar a su reliquidación.

Con relación a las cesantías, el artículo 253 del C.S.T. prevé que *“Para liquidar el auxilio de Cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el*

3

Mes	Salario	Otros factores salariales	TOTAL
jul-18	\$ 2.000.000,00	\$ 966.666,00	\$ 2.966.666,00
ago-18	\$ 2.000.000,00	\$ 266.666,00	\$ 2.266.666,00
PROMEDIO			\$ 2.616.666,00

Inicio	Fin	Días laborados	
1/07/2018	8/08/2018	37	
días laborados (37) x salario promedio (2.616.666)			
360			
TOTAL PRIMA			\$ 268.935,12

trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.”.

Bajo tal entendido, y como quiera que el salario del demandante sí sufrió variación en los últimos tres (3) meses por cuanto además del salario ordinario el actor percibió horas extras y recargos nocturnos, para el cálculo de esta prestación debe tomarse el promedio de lo devengado en el año 2018 -entre el 1 de enero y el 8 de agosto de 2018-; adicionalmente, en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1ª de 1963, debe incluirse en la base para el cálculo de esta prestación el auxilio de transporte, por lo que, efectuados los cálculos de rigor se obtiene como valor de las cesantías de esa anualidad la suma de **\$ 1.295.980,06**⁴, cifra que resulta igualmente inferior a la liquidada por la pasiva (folio 21).

En lo que toca a los intereses a las cesantías, hechos los cálculos de rigor correspondería al demandante la suma de **\$93.742,56**⁵; sin embargo, vista la

4

Mes	Salario	Otros factores salariales y aux. transporte devengados	TOTAL
ene-18	\$ 1.000.000,00	\$ 483.334,00	\$ 1.483.334,00
feb-18	\$ 1.000.000,00	\$ 500.002,00	\$ 1.500.002,00
mar-18	\$ 1.000.000,00	\$ 483.434,00	\$ 1.483.434,00
abr-18	\$ 1.000.000,00	\$ 500.002,00	\$ 1.500.002,00
may-18	\$ 2.000.000,00	\$ 1.000.000,00	\$ 3.000.000,00
jun-18	\$ 2.000.000,00	\$ 1.000.000,00	\$ 3.000.000,00
jul-18	\$ 2.000.000,00	\$ 966.666,00	\$ 2.966.666,00
ago-18	\$ 2.000.000,00	\$ 266.666,00	\$ 2.266.666,00
PROMEDIO			\$ 2.150.013,00

Inicio	Fin	Días laborados
1/01/2018	8/08/2018	217

días laborados (217) x salario promedio (\$2.150.013)	TOTAL CESANTÍAS 2018	\$ 1.295.980,06
360		

5

Cesantías (\$1.295.980,06) x días laborados (217) x 0,12	TOTAL INTERESES A LAS CESANTÍAS	\$ 93.742,56
360		

liquidación de folio 21, no existe diferencia a cancelar a favor del promotor por este concepto.

Frente a la compensación en dinero de las vacaciones, que es lo que procede cuando el trabajador no disfrutó de las mismas en vigencia de la relación laboral, conforme lo previsto en el artículo 189 del C.S.T. “*se tomará como base el último salario devengado por el trabajador*”, que para el caso de marras, y atendiendo las precisiones hechas en apartados anteriores, corresponderá a la suma del salario ordinario más los demás factores salariales percibidos en el último mes, esto es, \$2.266.666,00⁶, y en esa medida, hechas las operaciones aritméticas pertinentes se obtiene por compensación de vacaciones la suma de **\$ 1.366.295,89⁷** cifra que resulta superior a la pagada por la demandada -\$1.023.712 (folio 21)-, y que da lugar a disponer la reliquidación de este concepto a favor del actor, debiendo revocarse la sentencia de primer grado en este punto.

En lo que toca a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, el artículo 64 del C.S.T., entratándose de contratos a término indefinido, precisa:

“En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:
a) Para trabajadores que devenguen un **salario** inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:
1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

6

Salario Ago-2018	Otros factores salariales (horas extras y recargos nocturnos AGO-18, folio 21)	TOTAL
\$ 2.000.000,00	\$ 266.666,00	\$ 2.266.666,00

7

Salario Ago-2018	Otros factores salariales (horas extras y recargos nocturnos)	TOTAL
\$ 2.000.000,00	\$ 266.666,00	\$ 2.266.666,00

Inicio	Fin	Días Laborados	
24/05/2017	8/08/2018	434	
días laborados (424) x último salario devengado (\$2.266.666,00)			
720		TOTAL VACACIONES	\$ 1.366.295,89

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción; (...).”

Aunque la norma no señala cómo debe procederse cuando el salario es variable o presenta variaciones, resulta razonable, por ser lo más equitativo y justo, que si este cambia mensualmente se promedie lo correspondiente al último año o proporción, según corresponda, y en función de ello estimar unos ingresos futuros similares, de manera que la indemnización por despido injustificado responda a esa expectativa.

Considerando ello, el salario base en este caso corresponde a **\$2.106.642,25⁸**, y en ese sentido, en los términos de la norma señalada la indemnización que le correspondía al actor era de **\$2.395.330,26⁹**, suma que es menor a la que le fue pagada por la convocada a juicio -3.003.998,00 (folio 21)-

8

Mes	Salario Ordinario	Otros factores salariales devengados (sin aux. transporte)	TOTAL
ene-18	\$ 1.000.000,00	\$ 398.063,00	\$ 1.398.063,00
feb-18	\$ 1.000.000,00	\$ 411.790,00	\$ 1.411.790,00
mar-18	\$ 1.000.000,00	\$ 398.163,00	\$ 1.398.163,00
abr-18	\$ 1.000.000,00	\$ 411.790,00	\$ 1.411.790,00
may-18	\$ 2.000.000,00	\$ 1.000.000,00	\$ 3.000.000,00
jun-18	\$ 2.000.000,00	\$ 1.000.000,00	\$ 3.000.000,00
jul-18	\$ 2.000.000,00	\$ 966.666,00	\$ 2.966.666,00
ago-18	\$ 2.000.000,00	\$ 266.666,00	\$ 2.266.666,00
PROMEDIO			\$ 2.106.642,25

9

Inicio	Fin	Total años laborados
24/05/2017	8/08/2018	1,205555556

Tiempo de servicios (AÑOS)	Días a indemnizar
1	30
0,205555556	4,111111111
TOTAL A INDEMNIZAR	34,11111111

salario diario (\$70.221,41)* total días a indemnizar (34,11111) **TOTAL INDEMNIZACIÓN \$ 2.395.330,26**

En síntesis, el único concepto susceptible de reliquidación, es la compensación de vacaciones, respecto del cual se genera un saldo a favor del demandante de \$342.583,89, pues las demás, de hecho, fueron pagadas en un valor superior al que correspondía:

Concepto	Desde	Hasta	Salario base	Días pendientes	Valor Liquidado	Valor Pagado	Diferencia a favor del trabajador
Cesantías	1/01/2018	8/08/2018	\$ 2.150.013,00	217	\$1.295.980,06	\$1.593.299,00	-\$297.318,94
Intereses a la Cesantía	1/01/2018	8/08/2018	\$ 2.150.013,00	217	\$ 93.742,56	\$ 115.780,00	-\$ 22.037,44
Prima de servicios	1/07/2018	8/08/2018	\$ 2.616.666,00	37	\$268.935,12	\$ 300.219,00	-\$ 31.283,88
Vacaciones	24/05/2017	8/08/2018	\$ 2.266.666,00	434	\$1.366.295,89	\$1.023.712,00	\$ 342.583,89
Indemnización por despido sin justa causa	24/05/2017	8/08/2018	\$ 2.106.642,25	434	\$2.395.330,26	\$3.003.998,00	-\$ 608.667,74
TOTALES					\$5.420.283,89	\$6.037.008,00	-\$ 616.724,11

En esa medida, habrá de revocarse la sentencia de primer grado para en su lugar condenar a la demandada a pagar a favor del demandante la diferencia anotada.

Con relación a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., para despachar desfavorablemente dicha súplica baste con indicar que la misma procede únicamente frente al impago de salarios y prestaciones y sociales, conceptos respecto de las cuales no se advierte deuda alguna en autos, no siendo posible imponer la misma respecto de la compensación de vacaciones pues esta no es considerada una prestación social.

Finalmente, respecto a la rogada indexación, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se

indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, resulta procedente el pago indexado de las sumas adeudadas por diferencia en la compensación de vacaciones, como quiera que entre la fecha en que se debieron reconocer y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores habrán perdido poder adquisitivo, por lo que se dispondrá que los montos ordenados a favor del actor se cancelen debidamente indexados.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas, para condenar a la demandada a pagar a favor del demandante la diferencia correspondiente a la compensación de vacaciones, debidamente indexada, absolviéndola de las demás súplicas de la demanda.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocarán y quedarán a cargo de la demandada.

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,

RESUELVE

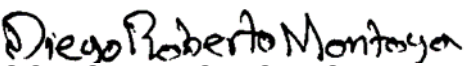
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, y en su lugar **CONDENAR** a MERCADOS COLOMBIANOS JBM S.A.S – MERKACOL JBM S.A.S- a pagar a favor de HERNAN DAVID BADILLO MARTÍNEZ la suma de \$ 342.583,89 por concepto de diferencia de compensación de vacaciones, debidamente indexado a la fecha de su pago

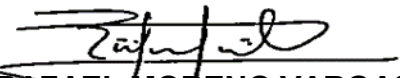
SEGUNDO: ABSOLVER a MERCADOS COLOMBIANOS JBM S.A.S – MERKACOL JBM S.A.S- de las demás pretensiones incoadas en su contra por

HERNAN DAVID BADILLO MARTÍNEZ, conforme lo analizado en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NELSON GREGORIO
GUTIERREZ GOMEZ CONTRA NELLY URIBE BECERRA (RAD. 31 2020
00146 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de enero del 2021 (Cd fl. 90, record 30:14 acta a fl. 44) en la que se resolvió:

“DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre ***NELSON GREGORIO GUTIERREZ GOMEZ*** en calidad de trabajador y ***NELLY URIBE BECERRA*** en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 15 de diciembre del año 2016 al 30 de noviembre del año 2017.

CONDENAR a la demandada ***NELLY URIBE BECERRA*** a reconocer y pagar al demandante ***NELSON GREGORIO GUTIERREZ GOMEZ*** la suma de:

- \$31.964 por concepto de cesantías del año 2016
- \$31.964 por concepto de prima de servicios del año 2016
- \$159 por concepto de intereses a las cesantías del año 2016
- \$684.047 por concepto de cesantías del año 2017
- \$684.047 por concepto de prima de servicios del año 2017
- \$68.404 por concepto de intereses a las cesantías del año 2017
- \$322.751 por concepto de vacaciones
- \$17.705.208 pesos por concepto de sanción moratoria del artículo 29 de la ley 789 del año 2002 y los intereses moratorios a la tasa más alta vigente,

sobre lo adeudado por concepto de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones a partir del 01 de diciembre del 2019 hasta que se realice el pago total de la obligación.

CONDENAR a la demandada NELLY URIBE BECERRA a reconocer y pagar los aportes a la seguridad social integral a favor de NELSON GREGORIO GUTIERREZ GOMEZ por el periodo comprendido entre el 15 de diciembre del año 2016 hasta el 30 de noviembre del año 2017.

CONDENAR a NELLY URIBE BECERRA al pago de COSTAS y agencias en derecho en cantidad de medio salario mínimo legal mensual vigente”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación manifestando que contrario a lo considerado por el Juez de primera instancia dentro del proceso no se logró demostrar la relación laboral, en tanto la testigo decretada no es clara en su dicho frente al establecimiento de comercio de mi representada toda vez que esta manifiesta que queda en un barrio donde el mismo demandante manifiesta que tiene un establecimiento de comercio o un local donde el mismo trabajaba.

En relación con el interrogatorio de parte surtido por su representada, expresa que en ningún momento ésta manifestó que el demandante haya laborado para esta o para el establecimiento de comercio que esta representa, toda vez que lo único que adujo es que este prestó los servicios para un tercero y no indica fecha alguna de ello, ni indica modo de tiempo, lugar donde haya trabajado o como se realizó dicha labor, toda vez que fue enfática en expresar que nunca lo contrato, nunca le pagaba y nunca le impartía órdenes.

Aduce que no se puede tener certeza con un solo testigo sobre la fecha de terminación de una relación laboral pues ésta no es clara en señalar en cual establecimiento trabajó, máxime cuando el mismo demandante indica que efectivamente el prestó sus servicios para otro establecimiento de comercio o para otro local u otro taller de su propiedad, razones por las cuales considera no existen pruebas dentro del expediente que den certeza de que existió una relación laboral entre las partes.

Con respecto a la excepción de prescripción declarada no probada por el despacho dada la audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, indica que no existe una citación que se le haya realizado efectivamente a la demandada ni mucho menos que haya sido recibida, por lo que no se puede

tener la conciliación o el acta de comparecencia como prueba para declarar o no una prescripción.

Frente a la a la indemnización moratoria expresa que al no haber tenido una relación laboral con el demandante y más haber manifestado que fue su esposo a quien el actor le presto su servicios y no a su establecimiento de comercio, era deber del demandante efectivamente demostrar que quien le daba órdenes, lo contrató y el pagó era la demandada, situaciones que brillan por su ausencia en el presente proceso, razón por la cual tal sanción no debe operar, reiterando su representada en ningún momento ha aceptado una prestación personal del servicio directa entre el demandante y la misma, razones por las cuales no tenía conocimiento de que tenía que pagar acreencia alguna y mucho menos ser condenada a una indemnización moratoria, por lo que en este caso se demuestra la buena fe por parte de la misma (Cd. folio 90, record: 32:36)¹

¹ “Si su señoría interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de dictar el despacho de conformidad con las siguientes apreciaciones:

Difiero totalmente de las apreciaciones dictadas por el juez Ad quo toda vez que dentro del proceso no se logró demostrar la relación laboral decretada por el despacho, toda vez que el despacho manifiesta o indica que se logró demostrar que entre el 15 de diciembre del 2016 y el 30 de noviembre del año 2017 la parte demandante demostró una relación laboral que no fue así, toda vez que dentro del testimonio que imparte la testigo decretado de oficio no es claro su dicho frente al establecimiento de comercio de mi representada toda vez que esta manifiesta que queda en un barrio donde el mismo demandante manifiesta que tiene un establecimiento de comercio o un local donde el mismo trabajaba razón por la cual independientemente de que queden cerca o no ya fue muy claro y se asiente respecto al barrio indicando que dentro del barrio barranquillita era que el veía al demandante, establecimiento de comercio que el mismo demandante indica que trabaja allí y que no es de propiedad de mi representada, con respecto del interrogatorio de parte surtido en el proceso mi representada en ningún momento manifiesta que el demandante haya laborado para esta o para el establecimiento de comercio que esta representa, toda vez que lo único que manifiesta es que este trabajo de pronto para un tercero y no indica fecha alguna que haya trabajado, ni indica modo de tiempo, lugar donde haya trabajado o como se realizó dicho trabajo, toda vez que manifiesta que ella nunca lo contrato, nunca le pagaba y nunca le impartía ordenes, teniendo en cuenta esto más bien podemos ver que el demandante indico que era mi representada quien lo había contratado cuando esto no fue así y no obra prueba alguna dentro del expediente que así lo indique.

Con respecto a la terminación del contrato de trabajo o la fecha decretada 30 de noviembre del 2017 la testigo del demandante manifestó que lo había visto hasta el mes de noviembre del 2017 fecha en la que se fue de la ciudad, posteriormente indica otra fecha y así sucesivamente cada vez que se le iba preguntando, toda vez que no se puede tener certeza que con respecto a un solo testigo pueda determinarse una fecha de terminación de una relación laboral pues no es claro en que establecimiento trabajo este máxime cuando el mismo demandante indica que efectivamente el presto sus servicio para otro establecimiento de comercio o para otro local o para otro taller de propiedad del mismo, más aun cuando la demandante indica, cuando la testigo del demandante indica que este realizaba o tapizaba camas y en el establecimiento de comercio de mi representada no se manejan las base camas como esta misma lo expreso bajo gravedad de juramento en su interrogatorio razón por la cual no se puede confundir entre un barrio y otro y también confundir con respecto a lo que laboraba o no laboraba el demandante. Razones por las cuales no existen pruebas por dentro del expediente que efectivamente de certeza de que existió una relación laboral entre las partes.

Con respecto a la excepción de prescripción no decretada por el despacho se tiene que efectivamente existe una acta de no conciliación del ministerio del trabajo, lo que no existe es una citación que se le haya realizado efectivamente recibida a mi representada por lo que no se puede tener la conciliación como tal o la no conciliación como tal o el acta de comparecencia como en este caso lo nombra el ministerio de trabajo

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor NELSON GREGORIO GUTIERREZ GOMEZ, las pretensiones relacionadas a folios 52 a 53, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 50 a 52, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de julio del 2015, el cual fue terminado de

como prueba para decretar o no una prescripción en este proceso, toda vez que no existe prueba de que efectivamente se le hay notificado a mi representada de la citación a dicha audiencia, con esto también queda demostrado que existe la prescripción en el presente caso.

Con respecto a la indemnización moratoria mí representada al no haber tenido una relación laboral con el demandante y más haber manifestado que fue su esposo a quien le presto su servicios no es su establecimiento de comercio porque ella nunca manifestó que había sido directamente para el establecimiento de comercio que ella manifiesta toda vez que existe la posibilidad que entre mi representada y el esposo de la misma que manifestaron que se llamaba “Kike” o quien le dicen “Kike” existan establecimientos de comercio por aparte, era deber del demandante efectivamente demostrar que quien le daba órdenes efectivamente trabajaba o con mi representada o para mi representada o que efectivamente estaba autorizado por mi representada para darle ordenes, contratarlo, pagarle y demás situación que brilla por su ausencia en el presente proceso, razón por la cual la indemnización moratoria no debe operar ya que está en discusión la relación contractual o la relación de trabajo en este proceso, por lo que solicito al Honorable Tribunal que se revoque la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar se absuelva a mi representada.

Subsidiariamente continuando con el decreto de la relación laboral entre el 15 de diciembre del 2016 y el 30 de noviembre del 2017 se absuelva a mi representada del pago de la indemnización moratoria toda vez que está en discusión la relación laboral, mi representada en ningún momento ha aceptado una prestación personal del servicio directa entre el demandante y la misma, razones por las cuales no tenía conocimiento de que tendría que pagar acreencia alguna al demandante y mucho menos ser condenada a una indemnización moratoria, por lo que en este caso efectivamente es de buena fe por parte de la misma y con respecto con la prescripción que de continuar con el decreto de la relación laboral que dice el despacho o el juez ad quo efectivamente declarar probada la excepción de prescripción toda vez que no existe prueba de la citación efectuada a mi representada para dicha audiencia, téngase en cuenta que la demanda siempre se ha dirigido en contra de mi representada, que mi representada por ser la propietaria del establecimiento comercio efectivamente recae sobre la misma actividad comercial de este pero que en ningún momento ha contratado ni directa ni indirectamente al demandante no le ha solicitado la prestación del servicio alguno y que si es un tercero el que se lo ha solicitado este no tenía autorización para hacerlo dentro del establecimiento de comercio de mi representada, así como el esposo de la demandada podría solicitarle al demandante alguna prestación de algún tipo de servicio que no se sabe cuál es, así mismo el demandante realizaba sus actividades por fuera del establecimiento de comercio como este mismo lo manifestó, razón por la cual no se puede indicar que toda la prestación del servicio que este realizara allá en el comercio de los muebles fuera exclusivamente para mi representada que por lo menos fuera para mi representada porque acá no se acredita en ningún momento esto.

Con respecto a la testigo también cabe advertir que es una testigo que efectivamente no se tacha de sospechosa pues no entra en ninguna de las causales pero si deja muchas cosas que decir porque efectivamente, viene, manifiesta cosas con respecto a la enfermedad que no se la había preguntado y habla de unos horarios que efectivamente no se dieron y además de esto nunca manifiesta que o manifiesta más bien que el demandante nunca presto sus servicio para otra parte y efectivamente si lo hizo en el barrio barranquillita en otro taller donde el mismo demandante lo manifiesta, razones por las cuales queda sentado y sustentado mi recurso de apelación para que sea concedido por la juez Ad quo y resuelva de fondo por el Tribunal, muchas gracias.”

manera unilateral y sin justa causa el 28 de diciembre del 2018, en consecuencia se condene a la liquidación de prestaciones sociales, salarios dejados de percibir, sanción moratoria, aportes a seguridad social integral, indemnización por despido sin justa causa, \$443.000 por la omisión del preaviso del despido debidamente indexada y junto con los intereses moratorios, intereses de mora sobre los salarios dejados de percibir, derechos *ultra y extra petita*, indexación de las sumas reconocidas en la sentencia, costas y agencias en derecho, así como también solicita se oficie a la entidad pertinente para que sancione a la empresa demandada por el no pago de la seguridad social. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto si bien declaró la existencia del contrato de trabajo con la demandada, lo hizo en unos extremos menores, esto es, del 15 de diciembre del año 2016 al 30 de noviembre del 2017, condenando al pago por ese lapso de cesantías, intereses, primas de servicios, vacaciones y sanción moratoria en suma de \$17.705.208 calculada por los 24 primeros meses y a partir de allí condenó únicamente a los intereses moratorios, también ordeno el pago de aportes a la seguridad social integral, lo anterior tras considerar que el actor con las pruebas allegadas y con lo expuesto por la demandada en el interrogatorio de parte, logró acreditar la prestación personal del servicio del accionante a favor de la señora NELLY URIBE, tomando para el efecto los extremos laborales expuestos por la testigo decretada como prueba.

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la parte demandada se opone a las pretensiones, razón por la cual precisa la Sala, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse

primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Inicialmente debe precisar la Sala que por no haber sido aceptados por la accionada los hechos de la demanda (fls. 77 a 78) y, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, corresponde en primer lugar definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el demandado, correspondiendo por tanto a éste último desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

En ese orden, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, destacando de los interrogatorios absueltos por las partes, las siguientes manifestaciones:

NELLY URIBE BECERRA³ (DEMANDADA) señaló ser la propietaria de un establecimiento de comercio de muebles, nunca haber contratado al demandante, comentando únicamente que en algunas ocasiones vio que éste tapizó unos muebles pero fue por orden de su esposo, por lo que desconoce las condiciones o trato que había entre ellos

NELSON GREGORIO GUTIERREZ GOMEZ⁴ (DEMANDANTE) refirió haber trabajado con la señora Nelly y con el señor Enrique (su esposo) desde el 15 de julio del 2015 hasta el 29 de diciembre del 2018, que su salario era 500, 700 u 800 mil pesos semanal el cual era cancelado por la señora Nelly o por su esposo, indicó haber celebrado un contrato verbal. Por otro lado señaló, tener un

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.). A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

³ Cd fl. 90, record: 24:08

⁴ Cd fl. 90, record: 30:44

taller propio en el cual trabaja cuando tenía tiempo ubicado en el barrio barranquillita mientras el lugar de labores con la accionada era en Villa del Rio.

De igual forma se recaudó como prueba testimonial la de la señora MARIANA PACHECO RODRIGUEZ⁵, quien informó que conoce al demandante 4 años atrás de su declaración que lo fue el 12 de enero del 2021, porque ella vendía, tinto, perico, empanadas en la calle desde el 15 de diciembre del 2016 hasta el 2017 y siempre pasaba por el lugar de labores del accionante el cual era una casa de tres pisos que se llamaba “Comedores Kike”, quien le compraba el desayuno todos los días, refiere saber que la propietaria es la señora Nelly no obstante aduce no haberla conocido pues ella solo le compro tintos en dos ocasiones.

Comentó que el demandante era el encargado de tapizar de lunes a viernes de 7am a 5pm y a veces los sábados, desconoce cuál era el salario devengado, pero sabe que trabajó hasta finales del año 2017 o principios del 2018 pues el actor le dijo que no le estaban pagando la salud, aduce la testigo no haber percibido ordenes por parte de la señora Nelly pues no la conocía, solo sabe que es la propietaria porque era la encargada de abrir el local. Preciso la deponente haber vivido en Bogotá hasta noviembre del 2017 y luego regresar en enero del 2018.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, si bien con la declaración de la demandada podría extraerse que se dio una prestación personal del servicio por parte del actor en el establecimiento de comercio de su propiedad, de manera alguna confesó que fue en su favor por el contrario precisó que fue su esposo quien requirió en algunas ocasiones los servicios del accionante.

Aunado a lo anterior, la declaración de la testigo resulta precaria para los fines aquí discutidos, en tanto la deponente era una comerciante de las afueras del

⁵ Cd fl. 90, record: 5:26

local de muebles y únicamente le vendía los desayunos al promotor del litigio, por ende es evidente que no conocía las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se pudo dar la prestación personal del servicio, es más fue enfática en expresar que desconocía quien le daba órdenes al demandante, ni el salario que éste devengaba y en todo caso el mero dicho de ésta deponente no es prueba suficiente para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor de la señora NELLY URIBE BECERRA, pues no se aportó otro medio de convicción diferente que apoye la versión dada por la declarante, advirtiéndose analizada la versión dada es claro que a la testigo no le consta ni tiene conocimiento sobre las condiciones específicas en que se pudo dar el vínculo contractual en favor de la accionada. En ese orden de ideas, se itera ante la inexistencia de otra prueba que corrobore las manifestaciones de la testigo, no resulta por ende creíble su versión, luego ha de concluirse el señor NELSON GREGORIO GUTIERREZ pecó en cuanto a su deber de probar la prestación del servicio a favor de la señora URIBE BECERRA a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor.

En ese orden, contrario a lo definido en primera instancia, esta Sala de decisión concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del accionante a favor de la demandada, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Precisando esta Corporación, la afirmación del demandante frente a la existencia de un contrato trabajo con la accionada, como ya se explicó no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiéndose, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra la pasiva, tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo. Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la relación

de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado....”.

Así las cosas, no sobra agregar, el actor debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, Nelly Uribe Becerra necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente a la encartada, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, pues como ya se advirtió si bien del interrogatorio de parte de la pasiva puede colegirse que el actor en algunas ocasiones prestó sus servicios en el local comercial de su propiedad, no se acreditó, de manera alguna que fuera a favor de Nelly Uribe Becerra.

Conforme las motivaciones precedentes y atendiendo los argumentos expuestos por el apelante, se revocara la decisión de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, y dada la conclusión arribada de la inexistencia de un vínculo laboral en los términos solicitados por el demandante, esta Sala se releva del estudio de los demás puntos de apelación.

SIN COSTAS en ésta instancia. Costas de primera instancia a cargo de la parte actora.

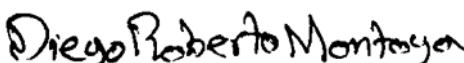
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

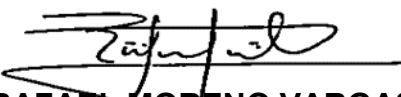
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada NELLY URIBE BECERRA de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor NELSON GREGORIO GUTIERREZ GOMEZ, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ésta instancia, las **COSTAS** de primera instancia cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

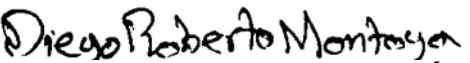
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA MAGNOLIA
AGUDELO DE MARIN CONTRA LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, AGUA,
ALACANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ- (RAD. 31 2020 00209 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Por encontrarse satisfechos los presupuestos de que trata el artículo 76 del C.G.P., se acepta la renuncia presentada por la abogada LUCILA PALACIOS MEDINA al poder otorgado por la EAAB ESP, conforme al correo electrónico allegado a ésta Corporación el pasado 3 de marzo de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de la empresa demandada mediante correo electrónico del 22 de febrero del 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de noviembre del 2020 (Audiencia virtual, récord 30:54), en la que se resolvió:

*“**ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante MARIA MAGNOLIA AGUDELO DE MARIN a la demandada Empresa de Acueducto Agua y Alcantarillado y Aseo de Bogotá.*

***CONDENAR** en **COSTAS** y agencias en derecho a la demandante MARIA MAGNOLIA AGUDELO DE MARIN en cuantía de 3 SMMLV.*

*Como quiera que el resultado de la presente sentencia es adverso a las pretensiones de la demandante se concede el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en el evento de que la sentencia no fuera apelada.”*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, expresando no compartir la decisión, por cuanto en el trámite del proceso quedó plenamente demostrado que el señor Luis Carlos Marín se casó por el rito católico el día 30 de septiembre de 1967 y convivió bajo el mismo techo y lecho con la señora María Magnolia Agudelo de Marín hasta el año de 1984 es decir por más de 17 años en Colombia, nunca se divorciaron y estuvieron casados hasta la fecha de su fallecimiento es decir hasta el día 30 de noviembre del 2009.

Expresa que con los testigos Francisco Javier, Lorena Matallana y Ligia Agudelo de Matallana fueron consistentes, congruentes y coherentes al expresar que los cónyuges tuvieron tres hijos de los cuales aparecen los registros civiles de nacimiento en el plenario, como también al decir que ellos si convivieron por más de cinco años, esto es teniendo en cuenta la fecha de matrimonio 1967 y que después de la separación de cuerpos el causante y mi representada no tuvieron otras revelaciones afectivas o de pareja y siempre estuvieron en continua comunicación.

Aduce el Cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente si se encuentra separado de hecho, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento siempre que hubiese convivido con el causante durante un intermedio no inferior a cinco años en cualquier tiempo, lo cual asegura en el presente caso quedo plenamente demostrado pues convivieron por más de diecisiete años, razones por las cuales solicita revocar la sentencia de primera instancia y ordenar a la empresa de acueducto agua, alcantarillado y aseo de Bogotá a pagar la pensión de sobrevivientes a la señora María Magnolia Agudelo de Marín. (Audiencia virtual, record: 31:27)¹

¹ “De manera respetuosa me dirijo a la señora juez a presentar el recurso de apelación contra el fallo proferido de día 18 de noviembre del 2020, respeto la decisión pero no la comparto por cuanto en el trámite del proceso quedo plenamente demostrado que el señor Luis Carlos Marín se casó por los medios

Como quiera que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA MAGNOLIA AGUDELO DE MARIN, las pretensiones que relacionó en el escrito de subsanación de demanda que obra en el expediente virtual (páginas 8 y 9), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 4 a 8 de tal expediente, solicitando se declare tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes en un 100% por el fallecimiento de su cónyuge señor Luis Carlos Marín Rojas a partir del 30 de noviembre del 2009, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios del

religiosos el día 30 de septiembre de 1967 y convivio bajo el mismo techo y lecho con la señora María Magnolia Agudelo de Marín hasta el año de 1984 es decir por más de 17 años en Colombia y que nunca se divorciaron y estuvieron casados hasta la fecha de su fallecimiento es decir hasta el día 30 de noviembre del 2009, quedo demostrado después de la separación de cuerpos (sic) y que el señor Luis Carlos Siempre se comunicó no solamente con su cónyuge María Magnolia Agudelo de Marín sino con sus hijos Francisco Javier , Juan Carlos y Ana María Marín Agudelo quienes al momento de su fallecimiento eran mayores de edad.

La señora juez no tuvo en cuenta la prueba documental aportada en el proceso que aparece a folio 29,30 y 31 y lo manifestado por los testigos Francisco Javier, Lorena Matallana, la señora Ligia Agudelo de Matallana donde todos tres fueron consistentes, congruentes y coherentes en lo aportado en las pruebas documentales que los cónyuges tuvieron tres hijos donde en dichos folios aparecen los registros civiles de nacimiento y en el último aparece el registro civil de nacimiento de Ana María Marín Agudelo donde su padre es el señor Luis Carlos Marín Rojas, con tal gravedad que el causante negó no sé por qué motivos al ingreso de la empresa una tercera hija con la cónyuge la cual quedo plenamente demostrado con el registro civil de nacimiento y con los testimonios expuestos en esta presente diligencia, así mismo que ellos si convivieron por más de cinco años, esto es teniendo en cuenta la fecha de matrimonio 1967 la última fecha de nacimiento del año 1975 de la señora Ana María Marín Agudelo y después de la separación de cuerpos el causante y mi representada no tuvieron otras revelaciones afectivas o de pareja y siempre estuvieron en continua comunicación. Tanto el interrogatorio de parte como las declaraciones fueron claras, coherentes en manifestar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la relación de pareja las cuales fueron serias, coherentes y veraces y de estos testimonios no se advierte como mentirosos los cuales tuvieron conocimiento de los hechos expuestos en la demanda por cuanto fueron familiares (sic) de la convivencia del causante y la cónyuge demandante.

Solicito a los Honorables Magistrados tener en cuenta lo planteado por la Honorable Cortes suprema de Justicia en sala laboral en múltiples sentencias donde argumenta que el Cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente si se encuentra separado de hecho, modus (sic) o consorte puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento siempre que hubiese convivido con el causante durante un intermedio no inferior a cinco años en cualquier tiempo , y en el presente caso quedo plenamente demostrado que convivieron más de diecisiete años , de igual manera que nunca se presentó a reclamar otra persona con igual o mejor derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes, de manera respetuosa solicito se tenga en cuenta la sentencia unificadora SU sentencia 005 del 2018 donde es magistrado ponente el doctor Carlos Hernán Pulido donde la prestación económica denominada pensión de sobrevivientes tiene por objeto garantizar una renta periódica a los miembros del grupo familiar de quien dependían económicamente como consecuencia de sus muerte y de haber realizado en vida cotizaciones al sistema de seguridad social y su finalidad es no dejar una situación de desprotección o de abandono a los beneficiarios del afiliado o pensionado que fallece, de conformidad con los anteriores fundamentos de la apelación le solicito a los Honorables magistrados revocar la sentencia de primera instancia y ordenar a la empresa de acueducto agua alcantarillado y aseo de Bogotá a pagar la pensión de sobrevivientes a la señora María Magnolia Agudelo de Marín en un tiempo (sic), muchas gracias su señoría.”

artículo 141 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia adversa a sus pretensiones**, pues se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que la cónyuge del causante no probó la convivencia de los 5 años exigidos por la norma en ninguna época.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar, la procedencia del reconocimiento del 100% de la pensión de sobrevivientes en favor de la accionante y en este sentido abordará la Sala el estudio respectivo.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio que el señor LUIS CARLOS MARIN ROJAS, falleció el 30 de noviembre del 2009, tal y como se constata en el expediente electrónico (archivo 5, pág. 27), tampoco existe controversia en que éste se encontraba pensionado desde el 1° de septiembre del 2003, conforme lo indica la Resolución No. 1151 del 20 de octubre del 2003 (archivo 5, expediente electrónico paginas 294, 296, 298, 299, 302, 304) mesada que para ese año ascendía a \$1.074.562 (pág. 300. Archivo 5 expediente electrónico).

En este orden de ideas, habida cuenta de la fecha de la muerte del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para el 30 de noviembre del 2009 (fecha del deceso), y que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por **muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte².

² Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

Precisándose respecto del tiempo de convivencia que debe acreditar la cónyuge supérstite, la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de aclarar el tema, señalando que los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en “*cualquier tiempo*” (ver sentencia SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015³).

³ “Así las cosas, la discusión jurídica en el sub lite gira en torno a determinar si a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cónyuge separado de hecho que ha mantenido vigente el vínculo matrimonial tiene la condición de beneficiario y puede aspirar a la pensión de sobrevivientes así no demuestre convivencia al momento de la muerte, ni en los 5 años inmediatamente anteriores a su ocurrencia.

1.- Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393). B Sin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

(...)

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo. (...)

2.- Preciado lo anterior, es menester señalar que la labor del juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del

Advirtiéndose frente a este punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730 de 2020⁴, señaló que la lectura de la precitada disposición (literal a) del

C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. n° 24445.) (...)

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención. No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él. (...)"

⁴ "En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual "el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes¹"

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, **es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia.** Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimar la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.**

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, **la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.**

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es,

según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5°. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la

familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*.

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (archivo 5 expediente electrónico página 30), esta nació el 1° de febrero de 1949, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (30/11/2009) contaba con 60 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos. Igualmente se encuentra el acta de matrimonio de los señores María Magnolia Agudelo y Luis Carlos Marín de fecha 30 de septiembre de 1967 (archivo 5 página 31), con la cual se acredita la calidad de cónyuge de la actora y por ende ser beneficiaria de la prestación pensional.

Así las cosas, para resolver las inconformidades presentadas por la promotora del recurso, consistentes en que la convivencia de la accionante con el pensionado fallecido se encuentra acreditada, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así:

Se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante (Audiencia virtual 18 de noviembre del 2020 5:39) quien señaló haber vivido en Colombia hasta el año 1984 momento en el cual se trasladó a los Estado Unidos, refirió hacer convivido con el causante en Pereira y en Cali desde su matrimonio en 1967 hasta 1984 cuando se fue del país, comentando que todo el tiempo estuvieron en contacto telefónico pues al de cujus nunca le otorgaron la visa americana.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Igualmente se recibieron los testimonios de FRANCISCO MARIN AGUDELO, MAGDA LORENA MATAALLANA AGUDELO y DULIVIA AGUDELO DE MATAALLANA.

El primero de ellos hijo de la demandante y del causante, quien comentó residir en Estados Unidos desde el año 1988, señalando que se hablaban cada dos semanas pues no se podían ver dado que su padre no tenía la Visa, comentó que su mamá y su progenitor siempre estuvieron hablando por teléfono, señalando la convivencia entre ellos se dio hasta el año 1984 cuando la demandante viajó a los Estados Unidos, la cual inició en 1967 fecha del matrimonio, explicó cuales habían sido los lugares de residencia de la pareja tales como Cali y Pereira aduciendo haber sido siempre una pareja como una muy buena relación.

Las otras dos testigos sobrina y hermana de la accionante respectivamente, expresaron que la señora María Magnolia Agudelo se casó con el señor Luis Carlos Marín Rojas los cuales convivieron hasta el año 1984 cuando la accionante viajó a los Estados Unidos, refiriendo de manera genérica que siempre vivieron juntos y que luego del viaje se comunicaban telefónicamente.

En este orden de ideas, del análisis de los medios de convicción recaudados – testimonios- valorados bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, de entrada debe señalar esta Sala de decisión, no hay certeza acerca de la convivencia real y efectiva exigida por Ley para el reconocimiento de la prestación pensional, pues brillan por su ausencia elementos tendientes a demostrar que la señora María Magnolia Agudelo de Marín y Luis Carlos Marín Rojas (q.e.p.d) tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, por lo menos desde la fecha de su matrimonio (1967) y hasta cuando la demandante salió del país (1984), incluso con posterioridad a tal data y hasta el año 2009 (fecha de fallecimiento del pensionado) se desconoce cómo se desarrolló la relación entre los consortes, pues de las afirmaciones de los deponentes tan solo se puede extraer que estos mantenían comunicación telefónica no siendo ello suficiente para configurar los elementos de una verdadera comunidad de vida.

Advirtiendo la Sala en este punto, si bien la Ley no exige que la convivencia se de en un mismo techo si se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *“aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado”*, precisando la misma Corporación que *“la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común”* excluyendo de ésta *“encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”*

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, tal y como lo indicó la Juez a *quo*, en autos no se logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante por lo menos durante 5 años **en cualquier tiempo, mientras perduró su convivencia en Colombia** conforme la Jurisprudencia atrás anotada lo ha precisado, nótese que ni tan siquiera se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar con las cuales se pueda evidenciar la forma en que se dio dicha comunidad de vida de 1967 a 1984 como lo adujeron los testigos, en tanto los mismos se limitaron a referir que estos siempre vivieron juntos sin narrar situaciones concretas sobre ello.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigida acreditar que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos en cualquier época, no encontrándose demostrado por tanto el

supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la misma señora Beatriz Quesada, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia exigido por la normatividad aplicable y en ese orden habiéndose arribado las mismas conclusiones de la Juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

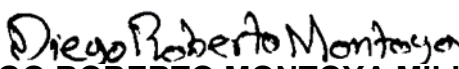
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

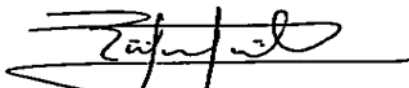
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 31 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. el 18 de noviembre del 2020.

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

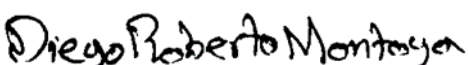
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, a cargo de la demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ORLANDO MENDIVELSO MESA CONTRA PORVENIR S.A., SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. Y LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, trámite al que se vinculó como llamada en garantía a BBVA SEGUROS DE VIDA S.A. (RAD.34 2015 00015 01).

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante, PORVENIR S.A, BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. mediante correos electrónicos del 2 y 5 de marzo de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la parte demandada PORVENIR S.A. y por la llamada en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 9 de diciembre de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 55:14, acta audiencia expediente digital) en la que se resolvió:

“PRIMERO: RECONOCER a favor del demandante ORLANDO MENDIVELSO MESA la pensión de invalidez a la que tenía derecho en virtud del artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificada por el artículo 1 de la ley 860 del 2003 a partir del 01

de mayo del 2003 y en una cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago a favor del demandante ORLANDO MENDIVELSO MESA, la suma equivalente a \$80.034.179, por concepto de retroactivo, de las mesadas causadas y no pagadas entre el 30 de abril de 2012 y el mes de diciembre de 2020.

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a incluir en nómina de pensionados al demandante ORLANDO MENDIVELSO MESA a partir del 1° de enero de 2021, disponiendo el pago de una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente que para esa anualidad sea fijado por el Gobierno Nacional.

QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a pagar debidamente indexado el retroactivo causado a favor del demandante ORLANDO MENDIVELSO MESA desde la fecha de su causación y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación fijada en esta decisión.

SEXTO: AUTORIZAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a descontar del valor del retroactivo reconocido, lo correspondiente a los aportes en salud y a efectuar en lo sucesivo las deducciones por tal concepto.

SÉPTIMO: DECLARAR PROCEDENTE el llamamiento en garantía elevado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, frente a la SOCIEDAD BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., de conformidad con la Póliza de Seguro Previsional 11 del 01 de febrero de 2003 y en los términos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a las costas del proceso. Inclúyase en la liquidación en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, valor en que se estiman las agencias en derecho a favor del demandante ORLANDO MENDIVELSO MESA.

NOVENO: ABSOLVER a las demandadas SOCIEDAD SEGUROS ALFA S.A., y a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda”

Inconformes con la decisión PORVENIR S.A. y BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. interpusieron recurso de apelación.

Así, PORVENIR solicita se revoque en su integridad el fallo y, en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. En ese sentido, aduce, en la sentencia se tomó como fecha de estructuración el 30 de mayo de 2003 por corresponder a la fecha en la que el actor efectuó su último aporte a pensión y por

virtud de la denominada *capacidad residual*, sin embargo, dice, la jurisprudencia que sobre la materia ha decantado la Corte Suprema de Justicia ha aplicado ese criterio en situaciones en las que las patologías de quienes persiguen el reconocimiento pensional son *degenerativas, crónicas o congénitas*, situaciones que no se cumplen en el presente caso.

Sostiene, las consideraciones de la juez respecto a la referida capacidad residual tampoco se ajustan al asunto porque los dictámenes practicados en julio de 2014 y enero de 2015 por las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, respectivamente, determinaron que la invalidez del actor se estructuró en marzo de 2006 lo cual se soportó en estudios, no siendo posible, en su sentir, que la juzgadora cambiara la fecha sin tener en cuenta la historia laboral, los exámenes médicos y todo lo que podía darle luces sobre la patología, anotando, en el resumen que efectúa la Junta Regional, se hace mención a un ingreso a urgencias al Hospital Santa Clara el 11 de junio de 2011 y a partir de allí se desarrolla la ponencia, empero, en la sentencia de primera instancia, asevera, se inobservaron esas otras documentales que forman parte del expediente, en los que se anota que el diagnóstico de la enfermedad fue desde 2005 y no desde 2003 como se consideró erróneamente.

Insiste, no hay evidencia que antes de 2005 el demandante haya tenido control o manejo de las patologías, por lo que no puede hablarse de capacidad residual ni ubicar la fecha de estructuración para un periodo donde no había manejo clínico

Por otra parte, arguye, el caso debe resolverse de conformidad con lo analizado por la Corte Suprema de Justicia y no la Corte Constitucional, pues solo se acude a esta última cuando *“en casos como esos la jurisprudencia laboral no ha tenido pronunciamiento alguno”* sin embargo, alude, estos temas ya han sido abordados por la Corporación de cierre de esta jurisdicción.

Adicionalmente, menciona, el demandante no tiene derecho a la pensión bajo ninguna normativa porque para el 6 de marzo de 2006 no cumple con la densidad de semanas, ni aún cuando se analizara el asunto bajo el principio de la condición

más beneficiosa¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:00:43, acta audiencia expediente digital).

¹ “Gracias señora juez, así las cosas estando dentro del término procesal manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de la decisión adoptada en primera instancia que condenó al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al demandante, condenando a porvenir a efectuar el mismo, solicitándole me conceda el recurso y a los honorables magistrados del Tribunal Superior de este Distrito revoque (sic) en su integridad el fallo proferido en primera instancia y en su lugar se absuelva a Porvenir de todas y cada una de las pretensiones de la demanda considerando lo siguiente:

Dentro de los fundamentos con los que se condena al reconocimiento y pago se hace alusión a la condición que debe tener una persona para disfrutar la pensión de invalidez y se señala haciendo precisión en decisiones de tutela que el demandante se encuentra dentro de las posibilidades y por lo tanto merece dicho reconocimiento. Se dice en la misma que se va a tomar como fecha de estructuración exactamente el 30 de mayo del año 2003 porque esta es la fecha del último aporte para pensión y se dice también que la corte ha hablado de la capacidad residual con este fundamento se condena, pero honorables magistrados lo cierto es que cuando la Corte Suprema de Justicia hablaba sobre la capacidad residual, lo hablado en las situaciones en las que las patologías de quienes demandan el reconocimiento pensional son degenerativas, crónicas o congénitas y si nosotros miramos los dictámenes que se le han practicado al demandante esta patología que él tiene no tiene ninguna de esas condiciones y allí se pueden leer en todas las pruebas documentales que reposan, de un lado así que no estaría dentro de los elementos con los cuales se han analizado por parte de la corte que procede un reconocimiento.

Un segundo aspecto que hablaba de la capacidad residual y que si bien el despacho lo indicó que hablaba el caso en el que juez debía analizar las circunstancias propias porque esa capacidad residual era el entendido en que definitivamente la persona a pesar de tener una patología no podía o no puede continuar laborando y que por eso por lo dicho por la Corporación tiene en cuenta no a fecha de estructuración real y material sino la fecha en que en últimas alcanza la fuerza de trabajo de quien reclama la prestación, pero como ustedes pueden observar en este asunto tampoco las consideraciones se han ajustado al caso concreto ¿por qué? Porque los dictámenes que además se practicaron en julio del 2014 de la junta regional y en enero 29 del 2015 de la junta nacional y le dieron una fecha de estructuración concretamente en marzo del 2006 al demandante, hicieron un estudio y por lo tanto no puede el fallador de primera instancia cambiar una fecha de estructuración sin siquiera tener en cuenta los elementos de que trata y estos elementos ¿Qué son? La historia laboral, los exámenes médicos o todo aquello que puede darle luces de cuál es esa patología y sobre que estamos hablando, así las cosas se puede leer en el dictamen de la junta nacional en la parte donde se hace el estudio de la calificación de la junta regional allí podemos ver que se habla de una historia clínica; en la historia clínica ustedes pueden leer que se dice que hay un ingreso de urgencias al hospital santa clara del 11 de junio del 2005 y de allí en adelante en toda el desarrollo de la ponencia se muestra cual ha sido la evolución clínica, los exámenes, los ingresos, que ha tenido el demandante por lo que padece por la enfermedad que padece por lo tanto estamos claros que a las pruebas documentales, es decir en algo que no se pueden inobservar porque la historia clínica forma parte del expediente, y fueron aquellos elementos con los que se hicieron la valoraciones tanto como seguros de vida Alfa S.A en su grupo interdisciplinario, la junta regional y la junta nacional que si somos más minuciosos dice allí frente al caso exacto del demandante “Fecha de nacimiento 09 de agosto de 1978, paciente de 35 años de edad, empacador y surtidor de bodega y almacén durante 11 meses hasta mayo del 2003 y con diagnóstico de esquizofrenia paranoide desde 2005 y registro de enfermedad mental desde los 17 años enfermedades psicóticas y persecutorias ...” Ello se puede leer en la página de la junta nacional en el título de la calificación de la junta nacional de Bogotá D.C ¿Qué significa esto? que la misma historia clínica es decir el ingreso a reclusión o el ingreso a la clínica que ha dicho el demandante en ningún momento fue desde el año 2003 como erróneamente consideró por el fallador de primera instancia para tener esa la verdadera fecha de estructuración, lo que quiere decir que es imposible que se pueda tener una fecha de estructuración años antes cuando la misma historia clínica y los mismos ingresos al hospital santa clara o la epicrisis de la clínica inmaculada que también están contenidos ni siquiera hablan que el demandante hubiese tenido control clínico o manejo de patologías y por ende le hubiera tenido un control de dicha enfermedad desde la fecha que el despacho así lo dice, por lo tanto no podemos decir o no podemos afirmar que como lo ha interpretado la jurisprudencia laboral estamos frente a un caso en el que se puede hablar de una capacidad residual, porque la capacidad residual se da cuando la persona tiene un proceso, un proceso clínico este o no calificado tiene el manejo de sus patologías es decir acudí al médico, tiene una historia clínica tiene el control de esa incapacidad que le dificulta el aporte para pensión y le dificulta seguir cotizando pero como la misma Corte lo ha dicho y en esto soy reiterativa a pesar de toda su situación física de la persona continúa trabajando hasta que definitivamente llega un momento donde ya no puede continuar ahí hablamos de una capacidad residual pero de ninguna manera podemos hablar que se condene a una sociedad al reconocimiento de una pensión poniendo una fecha de estructuración de una incapacidad que ni siquiera tenía manejo clínico, es decir se le está dando el inicio o

A su turno, BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. pide igualmente se revoque la sentencia por incurrir la misma en una aplicación indebida del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y una incorrecta valoración probatoria.

En ese orden, recuerda, la invalidez del señor Mendivelso se estructuró el 6 de marzo de 2006 según el dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez, el cual, asevera, se encuentra ejecutoriado y en firme, anotando, para dicha

se está diciendo que allí esta su incapacidad laboral cuando ni siquiera el demandante asistía al médico para controlar ¿Por qué? Porque en esos momentos podría tener la misma historia clínica que dice que desde los diecisiete años pueda estar pero si nos atuviéramos a la misma historia clínica también podríamos decir que el inicio de la patología se dio desde los diecisiete años, entonces aquí lo que se observa honorables magistrados es que en realidad no se está teniendo en cuenta los elementos de cuales ha tratado la Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral para que pueda condenarse una pensión de invalidez por incapacidad residual.

En el mismo sentido honorables magistrados si estas consideraciones que fueron expuestas en las mismas tampoco podríamos hablar que tenga un derecho el demandante a la pensión ¿Por qué? Porque si bien dentro del fallo se expusieron bastantes pronunciamientos y se hicieron alusión a sentencias constitucionales por ejemplo se habló de la T-627 del 2013, la T 561 del 2013, la T 484 del 2014, la T 752 del 2014 para decir que en casos como estos pues se tenía en cuenta esa condición o esa patología de quien reclama para reconocer el derecho, sin embargo honorables magistrados les pido tener en cuenta además que el demandante debe ser su caso examinado bajo las consideración de lo que ha hablado la corte suprema de justicia y no la corte constitucional ¿Por qué? Porque cuando se echa mano de la jurisprudencia constitucional es porque en casos como esos la jurisprudencia laboral no ha tenido pronunciamientos alguno y en este asunto podemos ver que si se ha definido aspectos como estos no solo en la capacidad residual que ya expuse la cual no existe procedencia en la condena por los elementos que ya manifesté con anterioridad sino que además la Corte ha explicado cuándo procede el reconocimiento de la pensión en casos de personas como el que aquí demanda por eso honorables magistrados no solo procede revocar la decisión de primera instancia por lo mencionado con anterioridad, sino que además el demandante no tiene derecho bajo ninguna normativa contraria como se indicó también en la parte motiva de la decisión ¿Por qué? Porque básicamente conforme a la fecha de estructuración que es la que sigue estando vigente que es la que le dieron los dictámenes el demandante tiene una FEI del 06 de marzo del 2006 lo que significa que cuando Porvenir le negó la pensión no fue de manera caprichosa, sino que no cumplía los requisitos que trata la ley 860 del 2003 porque esta es la ley bajo la cual se debe examinar su reclamación pensional por lo tanto no tenía la densidad de semanas. Ahora si examinamos lo que dice la Corte Suprema tampoco tiene derecho el demandante en qué sentido en el parágrafo primero del mismo artículo primero de la Ley 860 del 2003 cuando habla del reconocimiento de la pensión aquellas personas o población joven que allí se encuentra definida si nos atuviéramos a mirar más profundamente no tiene el demandante a más semanas que ha cotizado y que se pueden ver en la relación de aportes que obran en el expediente porque ni siquiera mirando con el artículo primero de la ley 860 del 2003 que es la que verdaderamente le aplica conforme a la fecha de estructuración y el mismo parágrafo de la misma en ninguna de ellas cumple las condiciones para pensionarse y ¿esto qué es? La densidad de semanas que allí indica la norma y en el mismo sentido si quisiéramos ir más allá todo bajo el supuesto y bajo los lineamientos que ha hablado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia y no mediante fallos de tutela de la Corte Constitucional, menos podríamos decir que hay un reconocimiento porque además de ello ni siquiera examinado el caso de la demandante con la condición más beneficiosa que si bien no se indicó en ninguna de las partes considerativas del fallo; si la traigo a colación en este recurso ¿por qué? Porque he sustentado desde el inicio que el fundamento de la condena está basado en sentencias de tutela de la Corte Constitucional pero en ningún sentido se ha examinado a lo que respecto nos dice la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Laboral y por ello es que también digo en este recurso que ni siquiera el caso del demandante bajo la figura de condición más beneficiosa tendría reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por lo tanto la condena no solo no se encuentra ajustada a las condiciones propias de la historia clínica de toda la documental que reposa en el expediente y por lo mismo solicito nuevamente que se revoque en su integridad la decisión y en consecuencia se absuelva a porvenir de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias.”

calenda, según las documentales incorporadas al expediente el demandante no cotizó las semanas mínimas requeridas dentro de los tres años inmediatamente anteriores.

En lo que corresponde al contrato de seguros, manifiesta, esa sociedad no se encuentra obligada a cumplir con la suma adicional porque el demandante no cumplió con la carga de cotizar las 50 semanas exigidas por la ley para hacerse acreedor de la pensión de invalidez que procura, precisando, la cobertura se prestó únicamente *“para las sumas adicionales que correspondan a los afiliados que sean declarados por un dictamen en firme y que generen pensiones de invalidez de acuerdo con la Ley 100 de 1993”* pero en el caso concreto si bien el actor fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 55,5%, insiste, no se acreditó el cumplimiento de la semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:16:44, acta audiencia expediente digital).

² *“Me permito interponer recurso de apelación contra la decisión notificada y en consecuencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia proferida el día de hoy 10 de diciembre del 2020 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso promovido por el señor Orlando Mendivelso Mesa contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Seguros Alfa y Porvenir en el sentido de que pues se acusa la sentencia de incurrir en la aplicación indebida del artículo 1 de la ley 860 del 2003 y la indebida valoración probatoria de conformidad en los siguientes sustentos facticos:*

En primer lugar pues se tiene que la estructuración de invalidez del señor demandante el señor Mendivelso se configuró el 06 de marzo del 2006 tal como consta en el dictamen emitido en la junta de calificación de invalidez, dictamen que pues vale la pena resaltar fue ejecutoriado y que se encuentra en firme así mismo pues el demandante de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente cotizó al sistema general de seguridad social de pensiones administrado por Porvenir únicamente hasta el 03 de mayo del 2003 con un total de 58 semanas es decir que no cotiza dentro de los tres años inmediatamente anteriores al momento de la estructuración de su estado de invalidez como lo establece el artículo primero de la ley 860 del 2003 en ese sentido es claro que entonces el demandante no cumplió con el requisito exigido por el artículo primero de la norma para acceder a la citada pensión de invalidez según el cual debía cotizar 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de su estructuración lo cual no fue acreditado por ningún medio de prueba aportado pues para la fecha de estructuración de la pensión de invalidez el 06 de marzo del 2006 únicamente había cotizado 58 semanas hasta el 03 de mayo de 2003

*Por otro lado vale la pena señalar que en contra el contrato de seguros BBVA seguros no se encuentra obligada a cumplir con la suma adicional de la pensión de invalidez toda vez que si bien es cierto existía una póliza para la fecha de estructuración de la invalidez del señor Orlando Mendivelso, el demandante no cumplió con la carga de cotizar las 50 semanas exigidas por la ley para ser acreedor o beneficiario de la pensión de invalidez que pretende, lo anterior teniendo en cuenta que entre los valores asegurados en el contrato de seguro se prestó cobertura únicamente *“ para las sumas adicionales que correspondan a los afiliados que sean declarados por un dictamen en firme y que generen pensiones de invalidez de acuerdo con la ley 100 de 1993”* no obstante para el caso concreto si bien el señor Mendivelso fue calificado por la junta nacional de calificación de invalidez con una incapacidad del 55.5% no se acredita que haya cumplido con el número de semanas requeridas inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez para acceder a la prestación personal como se evidencia en la historia laboral, en ese orden de ideas para la aseguradora BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A solo se ofrece cobertura respecto del capital necesario para financiar las pensiones de invalidez de los afiliados del tomador cuando la misma ocurra dentro de la vigencia del seguro y el afiliado acredita la cotización de las 50 semanas dentro de los tres años como lo indica la norma, lo cual claramente en el caso que nos ocupa no sucedió. Así las cosas dejo por sentado el*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ORLANDO MENDIVELSO MESA en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 212 las cuales se sustentaron en los hechos narrados a folios 212 y 213, aspirando se condene a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y a SEGUROS ALFA S.A. a modificar la valoración sobre pérdida de capacidad laboral del demandante en el sentido de señalar que la estructuración de la misma se produjo desde el momento en que el demandante ORLANDO MENDIVELSO MESA fue hospitalizado por primera vez como consecuencia de su enfermedad, de tal suerte que se garantice el acceso a la pensión de invalidez. En consecuencia, se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a reconocerle la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral que se determine, junto con los retroactivos causados, lo que resulte probado ultra y extra petita, y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se condenó a la demandada, al reconocimiento del derecho pensional en favor del actor, a partir de la fecha la última cotización reportada en su historia laboral, en cuantía de un salario mínimo, junto con la indexación de las mesadas adeudadas, tras considerarse que conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional para las enfermedades degenerativas o progresivas se debía tener en cuenta la capacidad residual, esto es la fecha de estructuración real y material y por tanto considerarse la última semana de cotización que figuraba entro de la historia laboral, esto es, el 30 de mayo de 2003 encontrando la juez *a quo* que en los 3 años anteriores logró cotizar aproximadamente 58 semanas, ordenando a la llamada en garantía al pago de la suma adicional necesaria en el reconocimiento de la pensión de invalidez.

De esta manera, se tiene que no fue motivo de debate dentro del presente asunto, la condición de inválido que ostenta el señor ORLANDO MENDIVELSO MESA, lo

recurso de apelación solicitándole al tribunal que se revoque la providencia notificada el día de hoy 09 de diciembre del 2020”

cual se corrobora con el dictamen No. 79813378 del 29 de enero de 2015 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el que se determinó una pérdida de capacidad laboral del 55,15%, de origen, enfermedad común.

En esta instancia tampoco se controvierte que el demandante padece “esquizofrenia paranoide” con base en el cual fue calificada su pérdida de capacidad laboral (folios 36 a 40), padecimiento que, contrario a lo sostenido por PORVENIR en la alzada, si corresponde a una enfermedad crónica y degenerativa³ según la literatura médica⁴.

Frente a esta enfermedad, la Organización Mundial de la Salud determinó “que se asocia a una discapacidad considerable y puede afectar al desempeño educativo y laboral”⁵.

³ “Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), debido a sus características las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta, y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un estado funcional, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».

De acuerdo con dicha organización, las enfermedades crónicas incluyen un grupo de padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir decenios y el hecho de que capacidad de los servicios de manejo durante años o desafían seriamente la salud². Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.

Desde la perspectiva de los determinantes sociales, la presencia de condiciones crónicas se concibe como un proceso social que asume características distintas en los grupos humanos según la forma en que se concretan los modos de vida, las condiciones de clase social, las condiciones de trabajo y la manera como se expresan a través de las construcciones culturales y las prácticas sociales. Por ello, su evaluación no resulta sencilla, en la medida que amerita un tratamiento distinto por ser una patología de larga duración. (Documento técnico del proyecto de desarrollo de autonomía para la prevención y control de las condiciones crónicas en el distrito capital plan de intervenciones colectivas. SDS. 2009)” Extraído de la sentencia SL3275 de 2019.

De acuerdo con dicha organización, las enfermedades crónicas incluyen un grupo de padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir decenios y el hecho de que capacidad de los servicios de manejo durante años o desafían seriamente la salud². Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan

⁴ “La esquizofrenia es una **enfermedad crónica, degenerativa**; afecta muchas de las capacidades de la persona que le impiden entender al mundo de la forma que es correcta, cambia algunos de sus procesos de su cognición tienen pensamientos y experiencias que pueden ser muy individuales”, explica el doctor **José Mendoza Velásquez** Coordinador de Investigación en el Departamento de Salud Mental y Psiquiatría de la UNAM. (artículo “Esquizofrenia, la enfermedad incomprensible”, disponible en: <http://ciencia.unam.mx/leer/712/esquizofrenia-la-enfermedad-incomprensible-#:~:text=%E2%80%99La%20esquizofrenia%20es%20una%20enfermedad,explica%20el%20doctor%20Jos%C3%A9%20Mendoza>)

⁵⁵ Esquizofrenia. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/schizophrenia>

Así pues, preliminarmente, se permite la Sala recordar, por regla general para el reconocimiento de la pensión de invalidez la normativa que rige es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez; no obstante, considerando las condiciones especiales que merecen determinadas personas, como aquellas que padecen afecciones crónicas, congénitas o degenerativas, es procedente atender, para efectos de computar las semanas, la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral o la última cotización efectuada, previo el análisis de la situación particular. Así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras, en sentencia SL3725 de 2019, en la indicó:

“En palabras de la Corte Constitucional, aunque la discapacidad en estas enfermedades se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar activa laboralmente, con la respectiva obligación de realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que ofrece el sistema, los que resultan plenamente válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de una pensión, pues de lo contrario, se desconocerían los aportes realizados «en ejercicio de una efectiva y probada, explotación de una capacidad laboral residual». Así lo expresó dicha Corporación:

La Corte ha considerado que no es racional ni razonable [63] que la Administradora de Fondos de Pensiones niegue el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez a una persona que sufre una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, tomando como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el día del nacimiento, uno cercano a este, el momento en el que se presentó el primer síntoma o la fecha del diagnóstico, desconociendo, en el primer caso, que para esa persona era imposible cotizar con anterioridad a su nacimiento y, en el segundo y tercero que, pese a las condiciones de la enfermedad, la persona pudo desempeñar una labor y, en esa medida, desechando las semanas aportadas con posterioridad al momento asignado en la calificación. Además, negar el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en lo anterior, implicaría asumir que las personas en situación de discapacidad, en razón de su estado de salud, no pueden ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y que, en esa medida, nunca podrán aspirar a un derecho pensional, postulado que a todas luces es violatorio de tratados internacionales, inconstitucional y discriminatorio.

Entonces, aceptar la misma interpretación que se tiene actualmente para los demás asuntos, esto es, no contabilizar la cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, en tanto lo que se protege es una contingencia o un riesgo incierto, significa admitir que las personas que padecen enfermedades de tipo «crónico, degenerativo y/o congénito» por razón de su condición, no tienen la posibilidad de procurarse por su propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la

invalidéz una vez su estado de salud les impida seguir laborando, derechos que sí están reconocidos a las demás personas. Se insiste, las patologías de progresión lenta y crónicas -como la que padece la accionante- a diferencia de otras, no crean una limitación inmediata, sino que ello tiene lugar o se desarrolla en un lapso prolongado, lo cual ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor. Así pues, la «capacidad laboral residual» consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas y, en tal medida, esa situación no puede ser desconocida.

(...)

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos. [...]

En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del petionario.” (Negrilla y subrayas de la Sala)

Al tenor del entendimiento jurisprudencial frente al tema, surge evidente en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la posibilidad de tener en cuenta una fecha de estructuración distinta a la establecida por la entidad encargada de proferir el dictamen como puede ser aquella desde la cual el padecimiento de salud o la enfermedad le impide al afiliado continuar laborando, o la data en que se profiera el dictamen.

Advirtiendo ésta Corporación, tal posición no se aparta de la disposición normativa aplicable, que en el caso de autos sería la Ley 860 de 2003 vigente para la data en que se emitió el Dictamen de PCL (29 de enero de 2015, folio 36), por cuanto, no se omite la exigencia de los requisitos legalmente establecidos para acceder al derecho, ni se desconoce las conclusiones arribadas por el ente encargado de emitir los respectivos dictámenes, pues memórese que al tenor de lo dispuesto en

el artículo 3 de Decreto 917 de 1992⁶, la fecha de estructuración, es cuando el individuo presenta una pérdida de capacidad laboral y en ese orden, como se indicó la aplicación del criterio constitucional referido no deriva en un desconocimiento de los postulados legales, simplemente se trata de una situación particular y diferente, que obliga al operador judicial a realizar una valoración de las situaciones fácticas específicas, teniendo en cuenta que la realidad de los afiliados que solicitan el reconocimiento de una pensión de invalidez, no puede ser valorada de manera unificada, sin compadecerse de las situaciones particulares de cada caso, como lo es el padecimiento de una enfermedad crónica o degenerativa, que independiente de una fecha de estructuración, puede repercutir o no en la capacidad laboral del individuo, en cuanto que a pesar de esas especiales circunstancias, acaecidas por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, puedan superar y sobrellevar su condición hasta un momento determinado.

En ese orden de ideas y atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, esto es, que *“La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”*, resultaría procedente el reconocimiento de la prestación pensional del demandante desde la fecha de la última cotización y más cuando la Corte Constitucional en la sentencia T-651 del 2016 adujo en sus consideraciones que *“correspondía tener en cuenta la fecha en la que se efectuó el último aporte, siendo esto el momento en el que se concretó la invalidez”*.

Sumado a ello la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 2922 del 5 de agosto del 2020, Radicado No. 77638: indicó:

“Siendo ello así, cobra vigor lo adoctrinado en sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada en la CSJ SL3992-2019 y en la CSJ SL409-2020. Allí, la Corte precisó su postura respecto a la fecha a partir de la cual se pueden contabilizar los 3 años indicados en la Ley 860 de 2003, en perspectiva de acreditar las 50 semanas de cotización exigidas. En la primera providencia mencionada, explicó que:

(...) en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad

⁶“ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”

humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

[...]

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:

(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

[...]

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, **decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.***” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

No obstante, se tiene que conforme a la sentencia SU - 588 del 27 de octubre del 2016, para darle validez a las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se deben cumplir dos requisitos, el primero que las cotizaciones hayan sido aportadas en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y segundo que éstas no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social, entendiendo la **capacidad laboral residual**, como “*la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad*”.

Ahora respecto de que las cotizaciones no se hayan efectuado con el fin de defraudar el sistema, la Corte Constitucional en sentencia T – 013 del 2015 señaló:

“4.8. Conforme a esta regla, esta Corporación ha avalado las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez prevista en el dictamen, partiendo del supuesto de que el asegurado tuvo capacidad laboral, y, por tanto, pudo realizar cotizaciones al sistema, pues el ejercicio de una actividad productiva, debe garantizar el derecho a la seguridad social⁷. En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados realmente correspondan a la prestación de una labor, ya sea material o intelectual, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario⁸.” (Subrayas fuera de texto)

Igualmente, la máxima Corporación de la Jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL 770 del 5 de febrero del 2020, Radicado No.79619, señaló:

“En ese contexto, y teniendo en cuenta que dichas reglas no son absolutas, la Sala considera que los ítems a verificar a fin de definir la fecha de pérdida de la capacidad laboral residual para efectos de la contabilización de las semanas requeridas, pueden resumirse así: (i) que la causa de la invalidez se deba a una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, y (ii) que la cotización de aportes se efectúe en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

Frente al primer punto, como se explicó en sede extraordinaria la situación de la demandante encaja dentro de las patologías de tipo crónico y degenerativo.

Ahora bien, en lo que corresponde a la efectiva y probada capacidad residual, esta Sala explicó que el padecimiento referido ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor.

De tal modo, que esa capacidad consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones realizadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, y no que se hicieron con el único propósito de defraudar al sistema de seguridad social” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

⁷ Al respecto, en la Sentencia T-580 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), este Tribunal reiteró que, en eventos como el estudiado en esta oportunidad, *“por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones se empeoran con el tiempo y la persona continúa su vida laboral con relativa normalidad, se deben tener en cuenta las semanas efectivamente cotizadas hasta cuando su condición de salud le haga imposible continuar laborando y cotizando al sistema (...).”*

⁸ Un ánimo de defraudar al sistema puede evidenciarse, por ejemplo, en los casos en los que una persona debido a su pérdida de capacidad laboral no puede continuar trabajando pero con el fin de obtener una prestación a cargo del sistema pensional, efectúa aportes simulando la existencia de un contrato de prestación de servicios o de trabajo.

De conformidad con la jurisprudencia traída a colación, y descendiendo al caso de marras, se advierte, pese a que, como se determinó, el demandante padece una enfermedad crónica y degenerativa, analizado en conjunto la documental acopiada en autos, es posible determinar, contrario a lo concluido por la juez de primer grado, que no puede tomarse como fecha de estructuración aquella que corresponde a la última cotización efectuada al sistema general de pensiones, la cual, según la historia laboral emitida por PORVENIR (folios 320) fue el 12 de mayo de 2003, por cuanto para esa fecha no existía un diagnóstico de esquizofrenia al demandante.

Al punto, se observa en el resumen de exámenes paraclínicos y valoraciones médicas (folio 33) del dictamen emitido por Seguros de Vida Alfa S.A. el 29 de abril de 2014, se señaló:

“(...) paciente con dx de Esquizofrenia Paranoide, enfermedad desde el 2005 ha requerido 4 hospitalizaciones, logrando estabilización, pero persisten síntomas psicóticos con deterioro funcional secundario (...)”

Del mismo modo, en el resumen de historia clínica realizada por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, se consignó (folio 39):

“11/06/2017 Urgencias Hospital Santa Clara: Paciente que presentó episodio de agitación psicomotora con agresividad física y verbal en su casa, ideas paranoides delirantes, alucinaciones visuales cuadro de 15 días de evolución de insomnio mixto e inquietud psicomotora paranoide, antecedentes hace 8 años episodio similar con manejo durante año y medio. Diagnóstico episodio psicótico agudo.

08/11/2013 Psiquiatría clínica la inmaculada: Paciente con diagnóstico Esquizofrenia Paranoide desde el 2005 (...)

*Valoración médica: Paciente procedente de Bogotá, solicita otorgar fecha de estructuración de la enfermedad marzo del año 2003, manifiesta que a los 17 años presentó delirios de persecución **nunca fue al psiquiatra hasta que inicia cuadro clínico psiquiátrico en el año 2005 con cuadro psicótico por lo cual fue hospitalizado en Santa Clara (...)***

Además, a folio 60 se observa igualmente un resumen de historia clínica en el que se anotó:

“08/10/2014 08:02

Comentarios generales: (...)

Diagnosticado hace 9 años -2005- con esquizofrenia paranoide, con características de ansiedad, angustia, autoagresión y dromomanía (...)”

En la valoración por psiquiatría del 8 de noviembre de 2013 en la Clínica la Inmaculada se relacionó en enfermedad actual “*paciente quien tiene diagnóstico de esquizofrenia paranoide desde 2005 (...)*”, lo cual se reitera en “*plan de diagnóstico y terapéutico*”.

Ahora, si bien a lo largo de la historia clínica se menciona que el primer episodio psicótico del demandante fue cuando tenía 16 años, lo cierto es que ello corresponde a lo referido por el propio demandante y su familia quienes apuntaron que para esa época no recibió atención psiquiátrica ni clínica, permaneciendo sin crisis por más de 6 años (folio 198). De hecho, en efecto, no hay reporte de atención médica y por el contrario se observa que la primera hospitalización fue en 2005, fecha para la cual trabajaba como taxista (folio 149 vto.).

Esta situación fue advertida incluso por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al contestar la demanda en el cual se consignó que “*las secuelas definitivas en razón a su diagnóstico de esquizofrenia paranoide se corroborar desde 2006, no antes*” (folio 421), así como también por la demandada SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., quien al contestar la demanda indicó “*(...) de acuerdo con el dictamen proferido por mi representada a través del Grupo Interdisciplinario de Calificación de Origen y Pérdida de Capacidad Laboral de Seguros de Vida Alfa S.A, el demandante aportó historia clínica que da cuenta que los episodios por los cuales fue declarado inválido están documentados desde 11 de junio de 2005, cuando fue ingresado a urgencias en la Clínica Santa Clara*” (folio 251).

Atendiendo tales circunstancias, y no habiéndose si quiera diagnosticado la enfermedad al actor en calenda anterior a la establecida como estructuración de invalidez por las juntas, no resulta posible modificar la misma al 2003.

Además de lo anterior, y teniendo como base el concepto de *capacidad residual* al que se hizo mención en apartados anteriores, tampoco puede concluirse que el demandante haya perdido ésta en la última fecha que realizó cotizaciones al

sistema, pues como él mismo lo confesó en el interrogatorio de parte⁹ y se extrae de las notas de la historia clínica, después del año 2003 este se desempeñó como taxista hasta el año 2006.

Al respecto, a folio 60, se lee lo siguiente:

“(…) al terminar su bachillerato el paciente inicia su vida laboral como vendedor puerta a puerta de productos de hogar, en este empleo permanece por un mes, pues a causa de una enfermedad de su abuelo el paciente decide retirarse y cuidar de él, su siguiente empleo fue en norma donde laboró por la temporada escolar, al terminar su contrato, inicia a trabajar en los almacenes éxito solo durante un mes; su siguiente empleo fue cajero en Carrefour durante un año, el último trabajo que tuvo fue manejando un taxi donde inicialmente trabajo por dos años y medio, fue necesario abandonarlo ya que en esta época tuvo una crisis psicótica”

Asimismo, en la historia clínica del 25 de enero de 2005 del Hospital Santa Clara (folio 104 vto.) también se consignó *“desde hace 15 meses empezó a trabajar manejando un taxi, previamente trabajó por dos meses en construcción luego en “misión Bogotá” como guía cívico, vendedor, empacador, con trabajos de corta duración”*

En la consulta de 14 de enero de 2007 (folio 149 vto.) se dejó anotado: *“Al terminar bachillerato trabajó como mercaderista. Luego como conductor hasta el inicio de la enfermedad actual”*

Además, en la entrevista de ingreso a hospital día del 19 de octubre de 2006, en actividades de interés ocupacional/laboral (folio 150), se plasmó

“Su primer trabajado fue a los 21 años en misión Bogotá, ahí ayudaba a pasar a la gente a cruzar la calle. Estuvo 6 meses y se retiró porque estaba cansado y quería ser mensajero y manejar moto. Después estuvo 6 meses en casa luego en temporadas en éxito, por temporadas en norma 3 meses como mercaderista. Estuvo un año en Carrefour. No se logra estabilizar. Ahí tenía que estar en bodega y surtir (...) Descansó 3-4 meses y empezó a trabajar en el taxi (...) y nuevamente se enfermó. Descansó unos meses y luego estaba con problemas para salir temprano. En diciembre de 2005 trabajó bien, pero en enero estaba nuevamente en casa”

⁹ Audiencia realizada el 5 de noviembre de 2020, récord 31:46

En orden de lo anterior, si se entiende que la capacidad residual es *“la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad”*, es claro, según las pruebas analizadas, que el demandante no había perdido esta para el 2003, aun cuando con posterioridad a esa fecha no se efectuarán cotizaciones al sistema pese a ser su obligación legal.

Bajo tales disquisiciones no es posible modificar la fecha de estructuración que determinara la Junta Nacional de Calificación.

Finalmente, como lo solicitado por la parte actora en últimas es el reconocimiento de la pensión de invalidez, advirtiendo que no existen semanas a contabilizar posteriores a la estructuración de la misma, examinado su derecho a la luz del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 (norma vigente para la fecha de estructuración del estado de invalidez), se advierte que tampoco reúne los requisitos allí establecidos, en atención a que entre el 6 de marzo de 2003 y el 6 de marzo de 2006, esto es, en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, tan solo cuenta con 67 días cotizados que equivalen a 9,57 semanas conforme al Resumen de Historia Laboral de folio 320, es decir, no acredita la 50 semanas exigidas por la norma citada.

Aunado a lo anterior y solo en gracia de la discusión, si se efectuara el estudio de la prestación pensional bajo el principio de la condición más beneficiosa, como quiera que la invalidez se estructuró el **6 de marzo de 2006**, resultaría factible tener en cuenta lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 artículo 39 en su contenido original¹⁰, norma inmediatamente anterior a la de la estructuración de la invalidez,

¹⁰ *“Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:*

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

estando en vigencia la Ley 860 del 2003, no obstante la Sala debe en este punto recordar lo expresado por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2358 Radicación No. 44596 del 25 de enero del 2017, donde se establecieron ciertas condiciones para la aplicación de este principio, así:

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.*
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
- d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.*

De esta manera se advierte que si bien el afiliado se invalidó el 6 de marzo de 2006, esto es, dentro de la temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, que lo fue del 26 de diciembre de 2003 al 26 de diciembre de 2006, lo cierto es que no cumplió con los demás requisitos establecidos jurisprudencialmente en tanto por no encontrarse cotizando al 26 de diciembre del 2003 debió por lo menos acreditar las 26 semanas de aportes entre el 26 de diciembre de 2002 y el 26 de diciembre de 2003, además de las 26 semanas en el año anterior a su invalidez, es decir, del 6 de marzo de 2005 y 6 de marzo de 2006 y como se vio ninguno de estos dos requisitos se acreditaron en tanto revisada la historia laboral aportada por PORVENIR a folio 320 para el primer interregno mencionado solo tiene 19,57 semanas y para el último, no tiene ningún periodo cotizado debido a que su última cotización fue el 1 de junio de 2003, razón por la cual tampoco acreditó los requisitos de la norma inmediatamente anterior aplicable a su caso, siendo improcedente, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Por lo que sin más consideraciones deberán aceptarse los argumentos expuestos por la AFP enjuiciada para en su lugar revocar la sentencia proferida en primera instancia, conforme a las motivaciones anteriormente expuestas, de manera que la Sala, por sustracción de materia, toda vez que ya se profirió decisión de fondo

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.”

frente al reconocimiento pensional, absolverá de las condenas impuestas a la compañía de seguros llamada en garantía en este proceso.

Así las cosas, se agota la competencia de la Sala, procediendo como ya se anunció a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y consecuentemente a la compañía de seguros llamada en garantía.

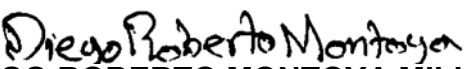
Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

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 la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la llamada en garantía la **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **ORLANDO MENDIVELSO MESA.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALFREDO CHURI POPO CONTRA
LA COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA. (RAD. 34 2017 00798
01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de conclusión por las partes (folios 209 a 213 y 214 a 217) mediante correos electrónicos del 16 de diciembre de 2020 y 21 de enero de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de septiembre de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd a folio 204, record 24:21, acta CD folio 204 y expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COOPERATIVA DE TRANSPORTE VELOTAX LTDA de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ALFREDO CHURI POPO, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la instancia.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remitir las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor del demandante.”

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la providencia y, en su lugar, se acceda a lo pretendido en la demanda.

En sustento de ello, considera, con relación a la bonificación, en la sentencia impugnada no se hizo alusión a los elementos integrantes del salario, limitándose a indicar que la naturaleza de ese concepto no estaba atada a la labor pero sin aludir a argumento alguno y remitiéndose únicamente al acuerdo suscrito por el demandante, en ese sentido, dice, se dejó de aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y no se analizaron en conjunto las demás pruebas obrantes en el proceso, entre estas, lo referido por el representante legal al absolver el interrogatorio de parte en el que se confiesa el pago de dicho rubro y lo dicho por la testigo Susana Espinel quien dijo constarle de primera mano que esa bonificación se pagaba a todo el personal por caja menor y era permanente, incluso con anterioridad al año 2010.

En ese orden, en los términos del artículo 127 del C.S.T., solicita se le asigne naturaleza salarial a los \$400.000 pesos que recibía y con base en ello se re liquiden sus prestaciones sociales y aportes a seguridad social, además se imponga la sanción moratoria porque *“si se demuestra la mala fe”*.

Por otra parte, en lo que toca a la culpa patronal, señala, la jurisprudencia que sirvió de base al fallo de primera instancia hace un análisis en el cual se establece que se debe probar que el empleador incumple, y demostrado ello, alude, este último tiene que acreditar la causa de la extinción. Así, pide se tenga en cuenta la patología del trabajador, el dictamen de pérdida de capacidad laboral donde se establece un 50% de PCL por un problema de manguito rotador, precisando, *“no se aportó el accidente de trabajo porque el trabajador no se pensionó en su diagnóstico o su daño no fue como consecuencia del accidente”*, sino producto de una enfermedad laboral.

Bajo tal entendido, indica, el Ministerio de Trabajo en la Resolución 2844 de 2007, establece cuáles son las razones o causas asociadas a los diagnósticos de *“hombro doloroso”* como *“posturas mantenidas, movimientos repetitivos de hombro, fuerza relacionada con manipulación de carga, movimientos forzados y cargas estáticas, movimientos repetitivos de posturas”* siendo esto lo que pudo

causar la enfermedad del trabajador y lo que éste tenía que probar, anotando, el actor laboró por más de 20 años al servicio de la demandada, estando expuesto al riesgo por más de 15 años según, sostiene, lo refirió la testigo y se extracta de la documental, con los cuales se verifica que el demandante tenía que *“levantar carretillas, no tenía ayuda mecánica, sino que tenía que hacer en muchas ocasiones en forma manual”*.

De otro lado, asevera, las normas de salud ocupacional para la fecha en que el actor empezó a laborar estatúa la obligación para el empleador de tener un proceso de identificación de *“peligros”* para proceder a controlarlos.

Con todo, estima, con el dictamen de pérdida de capacidad laboral se prueba el daño y la exposición al riesgo por la realización de acciones durante mucho tiempo que le causaron perjuicio, además, refiere a la historia clínica ocupacional con la que se verifica que para el año 2009 era apto para trabajar, a la valoración ocupacional donde se detalla el accidente de trabajo, al análisis de puesto de trabajo realizado en 2013 en el que se expone la carga de trabajo y se detallan las actividades realizadas, anotando, *“no hubo ninguna capacitación al trabajador demandante sobre el manejo de cargas ni higiene postural por lo tanto si el trabajador tenía que realizar movimientos de cargas y si tenía una exposición a un riesgo ergonómico el empleador tenía que haber aportado la documental para evidenciar que sí había identificado el riesgo y que sí lo tenía controlado por cuanto a este se le presentó la enfermedad, si el empleador hubiera implementado los controles que establece la normatividad el demandante no se hubiera enfermado”*.

Alude al contenido de la notificación de calificación de origen realizado por la NUEVA EPS en el cual calificaron el síndrome de manguito rotador como de origen laboral, con fundamento en que *“el trabajador (...) tiene una exposición laboral de harta carga física de predominio de miembro inferiores dadas por posturas contenidas anti gravitacionales y manipulación de cargas generadas por patologías sobre peso que es demostrada por el análisis de puesto de trabajo, también se señala que el trabajador tiene antecedentes de contusión de hombro derecho por accidente de trabajo”*.

En consonancia con tales argumentos, solicita que determine que está probada la negligencia del empleador en demostrar el cumplimiento de la normatividad vigente¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la

¹ “Si su señoría quiero presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de emitir para que sea revocada en su totalidad y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda para lo cual procedo a sustentar en este momento:

Frente a la bonificación que considera el demandante que consideramos en la solicitud junto a la demanda que si hacia parte del salario quiero resaltar que hizo alusión en la sentencia respecto del artículo 128 del CST cuando se refiere pagos que no constituyen salario pero no se hace en la sentencia alusión a los elementos integrantes del salario, cuando señala que constituye salario no solo la remuneración ordinaria fija variable , sino todo lo que percibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio sea cual sea la denominación que se adopte, frente a este punto que es la naturaleza del salario devengado en la sentencia que se acaba de emitir se señala que la naturaleza no estaba atada a la labor, sin embargo en la sentencia no se argumenta porque no estaba atada a la labor y el único fundamento que se tiene sobre ese es el documento que firmo el actor y que refleja a folio 153 es un acuerdo , es un acuerdo de pago que se firmó el 01 de febrero del 2010 quiere decir ello que no se está aplicando el principio de realidad sobre las formalidad porque si lo que le da la naturaleza a la remuneración es un acuerdo pues no se requeriría la protección del artículo 127 del CST precisamente considero que hubo una omisión por parte de la sentencia al no referirse a la demás pruebas del proceso, Lo primero es que el representante legal confeso que se le pago este dinero durante los primeros meses pero también llegaron a la conclusión de que este dinero que se recibía que son 400 000 pesos no remuneran una labor de una persona con el cargo que estaba realizando el demandante no tiene ninguna justificación, además no se hizo ningún señalamiento ni ningún análisis probatorio para lo cual solicito señores magistrados se tenga en cuenta con todo respeto en cuanto el principio de libertad en cuanto al análisis de las pruebas el testimonio de la señora CELY SUSANA ESPINEL que a ella le constó de primera mano que esa bonificación primero no se pagaba a ALFREDO CHURI sino que en general a todo el personal y por caja menor y esto último también fue confesado por el representante legal cuando la señora juez le pregunto ¿usted vio alguna vez que se le pagara esa bonificación al señor Alfredo? La testigo Susana dijo si tanto que era jefe de operaciones tanto los otros que tenían el mismo cargo les daba esas bonificaciones pero eso era mensualmente que se le pagaba por caja menor. Por ese motivo la naturaleza solicito señores magistrados la naturaleza que se le da a esos \$400.000 pesos que se le daban de forma continua se tenga en cuenta el articulo 127 y la naturaleza es decir que porque el representante legal diga que se pactó no es una prueba, la sentencia se basa por ejemplo en que se extracta al interrogatorio de parte que se realizó al demandado, al representante legal de la demandada es una prueba extracta de que allí se llegó a un acuerdo pero entonces el interrogatorio de parte no puede ser una prueba que se dé a favor de la misma parte por lo que aquí lo que se buscaría es una confesión, por lo tanto el único documento que se le hace análisis es el acuerdo de pago y eso no es lo único que le da la naturaleza , más bien se muestra con el testimonio de la señora CELY SUSANA ESPINEL que lo que se pretendía era pagar de forma permanente un ingreso además adicionalmente la señora SUSANA CELY dijo que este dinero se recibía con anterioridad al 2010 , es decir el acuerdo lo hicieron tardío sin embargo por la forma que se manejó la contabilidad se le hace al demandante imposible aportar una prueba porque no tiene la potestad de acceder a esta documentación y por lo tanto quedaría en favor de la demandada haber realizado un acuerdo lo que hace es violentar el principio de realidad o el principio de realidad sobre las formas por lo que solicito si se tenga en cuenta esta bonificación para su salario las prestaciones sociales, la liquidación de los aportes para la seguridad social y la sanción moratoria porque si se demuestra la mala fe.

En cuanto a la culpa patronal es importante señalar que en la sentencia se hizo referencia a la sentencia del precedente jurisprudencial de la CSJ específicamente a la sentencia SL 2716 del 17 de julio del 2019 y dentro de esa sentencia se hace referencia a otra sentencia en la cual primero se hace un análisis en donde se establece que para demostrar el incumplimiento y para demostrar la culpa patronal se debe probar cuando el empleador incumple y demostrado el incumplimiento el empleador debe probar la causa de la extinción , eso lo dijo la sentencia que se acaba de emitir, entonces si se demuestra el incumplimiento del empleador ellos tiene que probar la causa de esa extinción se dice en la sentencia que el actor no probó la negligencia ¿Por qué? Porque el trabajador como tal tenía que probar no la negligencia sino el incumplimiento y en este caso se le trasladaba al empleador la obligación de probar esa extinción y ese incumplimiento, entonces para ellos solicito que se tenga en cuenta en este caso : Primero la patología del trabajador dentro del expediente está el dictamen de pérdida de capacidad laboral en donde se verifica que el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% por un problema de manguito rotador y que no se aportó el accidente de trabajo porque el trabajador no se pensionó en su diagnóstico o su daño no fue como consecuencia de sus

accidente de trabajo precisamente su daño fue como consecuencia de una enfermedad laboral, lo que redundaba que el acervo probatorio es totalmente diferente.

Quiero indicar que la Resolución 2844 del 2007 del Ministerio del Trabajo que adoptó las vías de atención basadas en evidencia precisamente para los diagnósticos de hombro doloroso establece cuáles son las razones o las causas a las que están asociados estas enfermedades y aquí establece que esas causas son posturas mantenidas, movimientos repetitivos de hombro, fuerza relacionada con manipulación de carga, movimientos forzados y cargas estáticas, movimientos repetitivos de posturas. La postura mantenida de los hombros y los movimientos repetitivos es lo que le hubiese podido causar y es lo que tenía que probar el trabajador, en este caso es importante señalar que el trabajador estuvo según se dice en la sentencia de primera instancia en varios periodos discontinuos pero que solamente hubo un año de diferencia entre el 26 de octubre de 1995 hasta el año 2018 es decir que el trabajador estuvo alrededor de 20 años prestando servicio a la demandada, la exposición del riesgo estuvo más de quince años y con el testimonio que se pudo obtener en el proceso donde la señora CELY SUSANA ESPINEL informó o ella declaró además de la documental que está en el expediente que el trabajador si tenía que levantar carretillas y que no tenían ayuda mecánica sino que lo tenía que hacer en muchas ocasiones en forma manual.

Las normas de salud ocupacional para la fecha en la que el demandante empezó a prestar sus servicios señalaba la obligación de que el empleador tuviera un proceso de identificación de peligros para proceder a controlarlos, entonces con el dictamen de pérdida de capacidad laboral se probó el daño, con el dictamen de pérdida de capacidad laboral también se está probando porque ahí establece que es un daño que se da por una exposición a un riesgo por haber realizado algunas acciones durante mucho tiempo que le causaron ese perjuicio a folio 21 se encuentra la historia clínica ocupacional que se evidencia que en el año 2009 el demandante era apto para la realización de la labor a folio 33 a 35 se encuentra una valoración ocupacional del departamento de VELOTAX en donde se observa que el demandante sufrió una caída de altura de seis metros golpeándose el hombro derecho, a folio 29 se encuentra la calificación de pérdida de capacidad laboral y el análisis de puesto de trabajo que se realizó en el 2013 cuando el trabajador todavía estaba incapacitado en donde se evidencia la carga del demandante en las horas de trabajo pues allí se determina que sus horas de trabajo eran de 6am a 6pm en dicho análisis esta adicionalmente el reporte de que fue lo que sucedió en el accidente de trabajo, una de las funciones que tenía el demandante relacionada con dicho análisis de puesto de trabajo era la de cargue y descargue de mercancía para dicha labor se indica que utilizaba una zorra y que se identifica una carretilla de uso bimanual desplazando de 80 a 150 veces la zorra con mercancía con una duración de 10 horas 30 minutos en la jornada laboral, además se consagra que el trabajador realizaba la labor por un tiempo de 175 meses esto quiere decir alrededor de 14 años y un medio promedio de peso que oscilaban entre 1-25 kg. Hay que tener en cuenta que el límite permitido para carga de hombre es de 25 kg pero también en un tiempo mínimo, adicionalmente en el análisis de exigencia de puesto de trabajo realizada por la terapeuta Shirley Olmos la terapeuta indica que el trabajador en el accidente perdió el equilibrio y se golpeó el hombro derecho en el objetivo depuesto de trabajo indica la carga y la descarga de encomienda de carros donde se reitera que el trabajador hace una manipulación Manual de una carretilla y que los montacargas es para transporte de carga ancha y mayor a treinta kilos aquí se destaca que no hubo ninguna capacitación al trabajador demandante sobre el manejo de cargas ni higiene postural por lo tanto si el trabajador tenía que realizar movimientos de cargas y si tenía una exposición a un riesgo ergonómico el empleador tenía que haber aportado la documental para evidenciar que si había identificado el riesgo y que si lo tenía controlado por cuanto a este se le presento la enfermedad, si el empleador hubiera implementado los controles que establece la normatividad el demandante no se hubiera enfermado. A folio 30 del expediente se evidencia notificación de calificación de origen de la nueva EPS a la ARL Positiva el cual calificaron el síndrome de manguito rotador derecho que es de origen laboral y para fundamentar el caso en dicho dictamen el trabajador se indica que tiene una exposición laboral de harta carga física de predominio de miembro inferiores dadas por posturas contenidas anti gravitacionales y manipulación de cargas generadas por patologías sobre peso que es demostrada por el análisis de puesto de trabajo, también se señala que el trabajador tiene antecedentes de contusión de hombro derecho por accidente de trabajo. Por ese motivo solicito a los señores magistrados de que se revoque en cuanto a la declaración de la responsabilidad que establece el artículo 216 que es la culpa patronal, adicionalmente por la negligencia del empleador en probar que si realizó las actuaciones y si cumplió la normatividad vigente porque si está causado el daño se verifica el análisis de puesto de trabajo y la historia clínica del trabajador en la calificación del origen de la enfermedad que esta enfermedad es por la exposición de riesgo ergonómico por realización de trabajos que afectan el hombro del trabajador era al empleador quien le correspondía probar y de forma muy negligente dentro del proceso de lo que no se hizo análisis en la sentencia que a pesar de que se decretó la prueba que ellos aportaran la matriz de riesgos y peligros y todo lo relacionado con el sistema de salud general en el trabajo presentaron solamente de forma negligente una denuncia por pérdida de documentos administrativos en los cuales dentro de la denuncia ni siquiera se encuentra lo que tiene que ver con seguridad y salud en el trabajo que estaban en la obligación de mantener por esa razón queda fundamentada mi apelación, su señoría muchas gracias."

plataforma Microsoft Teams, Cd a folio 204, record 25:00, acta CD folio 204 y expediente digital).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ALFREDO CHURI POPO en este ordinario las pretensiones relacionadas a folios 80 a 83, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 77 a 80, solicitando principalmente se declare que tiene derecho a que su salario sea reajustado a la suma de \$1.367.732 el cual debe pagarse mensualmente desde el inicio de las incapacidades hasta la fecha de terminación del contrato. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor el valor de las diferencias salariales debidamente reajustadas desde el 24 de mayo de 2010, a reliquidar sus prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, bonificaciones y primas extralegales con base en el salario reajustado, junto con la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. En subsidio, pretendió el reajuste de su salario en la suma de \$867.732, con la consecuente reliquidación de conceptos salariales y prestacionales devengados².

Por otra parte, pide se declare que existe culpa comprobada del empleador en la pérdida de capacidad laboral calificada por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y que fuera determinada como de origen laboral *“no como consecuencia del accidente de trabajo sino de la enfermedad laboral”* que surgió y se agudizó debido *“al no cumplimiento a cabalidad de las recomendaciones médico laborales, realizadas después del accidente de trabajo”*. En virtud de ello, se condene a la COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA a pagar la indemnización total y ordinaria de perjuicios establecida en el artículo 209 del C.S.T. por valor de \$147.000.000 más los perjuicios morales estimados en 200 SMLMV. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas, tras considerar de una

² En audiencia realizada el 24 de julio de 2020, la apoderada de la parte actora desistió de las pretensiones subsidiarias formuladas en el escrito introductor, desistimiento que fue aceptado por el juzgado de primer grado en esa misma diligencia (acta expediente digital, cd folio 204).

parte, con relación a la inclusión de la bonificación como factor salarial, que esta había sido concedida por mera liberalidad por parte del empleador, y en ese sentido, no había lugar a reliquidar salarios y prestaciones sociales y, de otra, frente a la pretendida indemnización plena de perjuicios, que no existía prueba del accidente ni la culpa del empleador, desconociendo las causas que dieron origen a la patología o accidente, las recomendaciones dadas al trabajador, por lo que concluyó que se incumplió con la carga probatoria impuesta en el artículo 167 del C.G.P.

En esa dirección sea lo primero advertir, no es objeto de debate en esta instancia la relación laboral vivida entre las partes, vigente entre los siguientes periodos:

- Del 26 de octubre de 1995 al 25 de octubre de 1998
- Del 12 de diciembre de 1998 al 11 de diciembre de 2001
- Del 16 de enero de 2002 al 15 de enero de 2004
- Del 16 de enero de 2004 al 15 de enero de 2005
- Del 16 de febrero de 2005 al 15 de febrero de 2008
- Del 16 de enero de 2009 al 30 de julio de 2016.

Lo anterior, a más de haber sido así señalado por la juez *a quo* en las consideraciones de la sentencia sin que fuera objeto de apelación, se puede corroborar con la documental visible a folios 16, 18, 20 y 152.

Tampoco se controvierte que el demandante fue calificado por POSITIVA S.A. con una pérdida de capacidad laboral del 53,02% estructurada el 27 de febrero de 2015, por el diagnóstico de “*Síndrome de manguito rotador derecho (Tendinopatía del supraespinoso con una ruptura parcial bursal, tendinopatía del infraespinoso con una ruptura parcial intra sustancia)*” determinada como enfermedad de origen profesional (folios 29 a 32)

Pues bien, en los términos de la apelación propuesta, y en consonancia con el objeto del proceso, corresponde a esta Sala determinar i) si la bonificación recibida por el demandante constituía factor salarial y, en ese orden, si hay lugar a reliquidar sus cotizaciones al sistema integral de seguridad social, prestaciones sociales y demás conceptos de carácter laboral; y ii) si existe culpa

suficientemente comprada del empleador en el acaecimiento de la enfermedad de origen laboral que padece el actor.

Así, en lo que hace a la inclusión de la bonificación como factor salarial a efectos de reliquidar las prestaciones, salarios y acreencias a favor de la demandante, ha de indicarse que conforme a una interpretación armónica de los artículos 127 y 128 del C. S. del T., un pago habitual y continuo, ya en dinero, ora en especie, que retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales, no obstante lo anterior, a partir de la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 al artículo 128 del C. S. del T., declarado exequible por la Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador y que, de acuerdo con el artículo 127 del estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución por razón de lo acordado expresamente por las partes y fue justamente lo que aconteció en el caso estudiado, pues ello fue lo plasmado en el “*acuerdo de un pago que no constituye salario por expreso convenio entre las partes*” (folio 153) en el que se pactó:

“Las partes de conformidad con la facultad contenida en el artículo 16 de la ley 50 de 1990, disponen expresamente que no constituye salario, ni en especie ni en dinero la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$400.000) mensuales que recibe el trabajador de la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda. a título de beneficio, auxilio, gratificación, primas o bonificación extralegal, ocasional, o habitual, a partir del preste mes y de los subsiguientes meses, por lo tanto las partes disponen que esta suma de dinero no hará parte de la base de liquidación de las prestaciones sociales legales, extralegales, indemnizaciones de origen laboral y ordinario, vacaciones a que tenga o (tengamos) derecho, y en general para liquidar cualquier concepto laboral que se derive de la relación laboral que nos une y que en consecuencia de conformidad con el artículo 17 de la ley 344 del 27 de diciembre de 1996, tampoco hará parte para liquidar aportes con destino al servicio nacional de aprendizaje SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICB (sic) cajas de compensación familiar, ni las contribuciones a la seguridad social establecidas por la ley 100 de 1993.”

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación 35154 del 20 de octubre de 2009³, indicó que aun cuando determinado rubro sea factor

³ “El Tribunal, luego de transcribir el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, asentó que “...lo anterior significa, que no basta con la habitualidad y continuidad para que

constitutivo de salario, es lícito a las partes, sin quitarle esa connotación, pactar la exclusión de esos ingresos de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, posición que ha sido asumida en otros proveídos como los de radicación 5481 del 12 de febrero de 1993, reiterada en la 27851 del 24 de abril de 2007 y en las sentencia SL 9827 del 29 de julio de 2015⁴ y SL 16373 de 20 de septiembre de 2017⁵.

la vivienda, alimentación y el arreglo del vestuario sean salario en especie, sino que se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario”.

Resulta difícil de entender qué fue lo que en realidad quiso decir el Tribunal cuando afirmó que “se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario”, pues no es posible entender que la inexistencia de un pacto pueda ser expresa. Pero cualquiera fuera su intención, lo cierto es que, al discursar de esa manera, se equivocó, pues, en principio, para que un pago en especie pueda ser constitutivo de salario se requiere que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como ha sido desarrollado por el 129 de ese estatuto, de tal suerte que un pago en especie que se efectuó de manera habitual y continua y además retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales.

Sin embargo, debe igualmente tomarse en consideración, y ello no lo hace el censor, que se basó en la jurisprudencia vigente antes de la Ley 50 de 1990, que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario.

Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que “Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales”. (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)

Por esa razón, aunque el razonamiento del Tribunal fue equivocado, pues la regla general es que el suministro de alimentación, vestuario y habitación, en principio constituye salario en especie y la excepción es que, si las partes lo pactan expresamente, su pago no producirá los efectos legales correspondientes a la retribución salarial, lo cierto es que, con todo, el fallador en últimas utilizó debidamente esa regla, pues tomó en consideración lo pactado por las partes en la cláusula adicional de su contrato de trabajo y, con apoyo en ella, explicó que “la decisión del a-quo es correcta, pues las partes acordaron que el suministro en especie de la vivienda, alimentación y vestuario no constituyen salario, lo cual es legal debiéndose confirmar la decisión.” (Folio 16, cuaderno del Tribunal), con lo que aplicó debidamente la excepción contenida en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo a la que en precedencia se hizo alusión. De manera que el juzgador de segundo grado no se equivocó al concluir que en este caso no procedía la condena por salario en especie impetrada y, por ende, tampoco la reliquidación de las prestaciones sociales e indemnizaciones”

⁴ “(...) En tal sentido, la Corte debe dilucidar si los denominados «beneficios mensuales» y «gastos de movilización de vehículo» tenían o no carácter salarial, y si el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al aceptar que sí lo tenían.

En tal dirección, en primer lugar, en torno a los denominados «beneficios mensuales», para la Sala es cierto que el Tribunal no analizó suficientemente el texto del contrato de trabajo, con sus cláusulas adicionales, pues allí constaba expresamente un pacto de exclusión salarial que debía ser analizado detenidamente en su validez, al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. En el referido documento quedó establecido diáfano, que aparte de la remuneración básica de \$900.000.00, la demandada iba a pagar una remuneración adicional, por «...beneficios mensuales...» igual a \$300.000.00, que se identifican allí mismo como «...beneficios y auxilios habituales... tales como bonificaciones, prima extralegal de servicios, prima extralegal de antigüedad, auxilio extralegal... alojamiento (habitación) y alimentación dentro de las instalaciones de su sede en Bogotá D.C. o en las sedes donde se haya suministrado o decida suministrarse a cualquier título, dentro del horario ordinario de trabajo o en tiempo suplementario, o en jornadas ordinarias o dominicales y festivos.»

Como puede notarse, la cifra de \$300.000.00 no estaba encaminada a remunerar «horas extras», como se anotó equívocamente dentro del texto de la liquidación de prestaciones sociales, sino exclusivamente prestaciones extralegales como «bonificaciones», «primas extralegales» y «auxilios por alojamiento», que encajan perfectamente dentro de los rubros respecto de los cuales, por su naturaleza, las partes pueden convenir que no constituyen salario, en el marco de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, así como al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, con arreglo al cual, no constituyen salario, entre otros, «...los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.» (Resalta la Sala).

La Corte ha dicho frente al punto que «...el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario. Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que “Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales”. (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)...» (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35154).

Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte ha sido enfática y clara en precisar que las cláusulas de exclusión salarial, pactadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no deben ser admitidas inexorablemente, por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y «...no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen.» (CSJ SL, 12 feb. 2003, rad. 5481, CSJ SL, 12 jul. 2011, rad. 38832, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475), lo cierto es que en el expediente no existen elementos de juicio suficientes que contradigan el hecho de que, en este caso, la cláusula del contrato de trabajo estaba encaminada a retribuir beneficios extralegales pactados contractualmente, respecto de los cuales las partes convinieron su falta de carácter salarial y que, en la realidad, no eran pagos que conforme a la ley necesariamente debían ser concebidos como salario.”

⁵“(…) Al respecto, la Sala ha indicado que la facultad otorgada a trabajadores y empleadores en el artículo 128 del CST de establecer de común acuerdo qué pagos no constituyen salario, es decir, que puedan definir qué es salario, en manera alguna permite arribar a la conclusión que las partes de un contrato de trabajo estén investidas de poder desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia son retributivos del servicio, lo que ha dicho la Corte es que esta potestad les permite convenir que para la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones, entre otros, no se tengan en cuenta determinados rubros. El criterio anterior se encuentra plasmado en sentencia CSJ SL13707-2016, la que memora la sentencia CSJ SL, 12 feb. 1993, rad. 5481, soporte esencial de la decisión del juez de apelaciones. En lo pertinente, la referida providencia reza:

La Sala ha indicado que la libertad concedida a las partes en el artículo 128 del C.S.T para calificar qué es salario, no significa que estas le puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicios (sic), sino que al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros; así se precisó en la sentencia del 13 de junio de 2012 radicación 39475 (...)

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la facultad establecida en la Ley 50 de 1990 y que el demandado reclama desconocida por el a quo, no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen. Así, ha sostenido:

Estas normas, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto

En razón de lo anterior, si bien los pagos habituales y dirigidos a retribuir el servicio, recibidos por el demandante, bajo la denominación de bonificación, son salario, ello no impide que por acuerdo de las partes sean excluidos como base para el cálculo y pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad por cuanto, no se ha restado carácter salarial a los ingresos que tienen esa naturaleza, sino que, a pesar de esa connotación, las partes autorizadas por la Ley, han excluido determinados ingresos de la base para liquidar las prestaciones sociales al tenor del artículo 15 de la ley 50 de 1990.

Debe precisarse, aunque en la cláusula de exclusión a la que se hizo mención en apartados anteriores no se refiere puntualmente a la destinación del beneficio que sería reconocido, la cifra que quedó allí consignada (\$400.000), según lo confesado por el representante legal de la encartada⁶ fue cancelada al demandante desde la suscripción el acuerdo -1 de febrero de 2010, folio 153- hasta la fecha en que principió a pagarse sus incapacidades –mayo de 2010-, esto es, solo por tres meses recibió el pago de la misma.

De tal suerte, si bien la suscripción del acuerdo referido podría mantener la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, al excluir tales beneficios como no constitutivos de salario, lo cierto es que en este especial caso, pese a tal pacto de exclusión, resulta que la demandada no probó en autos que tales sumas de dinero fueran destinadas con un fin distinto a retribuir el servicio del trabajador, aunque el representante legal de la demanda se esforzó en explicar que este concepto se pagaba como forma de distribuir los excedentes de la Cooperativa, por ende, y a pesar de que solo se le pago por tres meses, ello fue en razón a que se dejó de prestar el servicio en virtud de la incapacidad médico-laborales otorgada de manera continua hasta la finalización del contrato laboral del trabajador siendo evidente que se trató de un pago habitual pues estaba pactado con el fin de cancelarse mensualmente y con el ánimo de retribuir los servicios por

constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus, trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.

⁶ CD folio 204, audiencia 24 de julio de 2020, récord 1:21:43.

él prestados a la compañía, precisando el pacto efectuado se ha de entender como una mera nominación que en la realidad nunca se llevó a cabo.

En ese entendido, la bonificación pagada al actor entre febrero y mayo de 2010 debía ser considerada como factor salarial a efectos de liquidar las prestaciones sociales y demás conceptos laborales devengados por este en esa anualidad, advirtiéndose, ello no implica que esa suma tuviera que ser pagada al actor en vigencia de su incapacidad o que debiera reajustarse el monto total de su retribución en los periodos en que no la percibió.

Como consecuencia de lo anterior, no hay lugar a disponer el pago de diferencias salariales, como se persigue desde el escrito introductor (petición 6⁷, folio 81), por cuanto no se causaron en razón a que desde el 24 de mayo de 2010 el actor no recibió salarios propiamente, sino incapacidades, ni a considerar que, por la suscripción del acuerdo, el salario del actor correspondía al total obtenido de la sumatoria de lo habitualmente devengado más la bonificación aun cuando esta no fuera efectivamente recibida, para entender que debe reajustarse el salario a partir del 24 de mayo de 2010 –inicio de la incapacidad- (petición 5⁸, folio 81), pues el pago de esta última estaba supeditado a la prestación del servicio, lo que no ocurría en periodos de incapacidad. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la reliquidación de incapacidades no fue propiamente una pretensión de la demanda, tan es así que para dicho fin el actor adelantó un proceso distinto que se tramita bajo el radicado 2019 708 00 ante el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá (cuaderno 2).

Ahora, en lo que corresponde a la reliquidación de prestaciones sociales, aportes en seguridad social en salud y riesgos laborales, y vacaciones, se advierte, dichas sumas de dinero fueron canceladas en el año 2010, por lo que debían ser consideradas para el pago de las acreencias laborales de esa anualidad, empero, la demanda fue incoada el 19 de diciembre de 2017 (folio 72), esto es, cuando

⁷ “Que se condene al pago de las diferencias salariales existentes entre su salario reajustado en la suma de \$1.367.7323 y el que venía devengando desde el 24 de mayo de 2010 hasta la fecha, remuneración pagada por nomina por la entidad demandada y acreditada en el proceso”

⁸ “Que se condene al reconocimiento y pago como salario mensual la suma de un millón trescientos sesenta y siete mil setecientos treinta y dos pesos \$1.367.732 desde el 24 de mayo de 2010 con los respectivos reajustes de ley, remuneración pagada por nómina por la entidad demandada y acreditada en el proceso”

había operado el término trienal de prescripción⁹ previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y la S.S., no siendo posible, por tanto, acceder a lo pretendido, pero aludiendo a esta razón.

No obstante, frente al reajuste del ingreso base de cotización para los aportes a pensión, debe anotarse, la inclusión o no de factores salariales es imprescriptible en razón a que el salario como elemento o factor para liquidar la pensión deja de ser un derecho patrimonial convirtiéndose en un elemento jurídico esencial de la prestación, de allí que deba ordenarse la reliquidación de la cotización a pensión de febrero a mayo de 2010, revocando la sentencia de primer grado en este punto.

En lo que corresponde a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, desde ya se advierte su improcedencia, como quiera que, entratándose de aportes a seguridad social, resulta aplicable la sanción prevista en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 que establece:

“Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonaran en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos pensionados, según sea el caso.”

En lo que corresponde a la pretendida indemnización plena de perjuicios, pertinente resulta señalar a efectos de resolver la controversia, que todo trabajo por elemental y sencillo que sea o parezca comporta un riesgo, es decir, es claro que el solo hecho de ejecutar una actividad laboral lleva implícito un peligro, pero sobre esta materia la legislación ha creado únicamente dos tipos de reparación, una, denominada **reparación tarifada de riesgos**, relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas previstas en la ley, según el caso, a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales; y otra, la **reparación plena de perjuicios** atinente a la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro, y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T., que en su tenor literal prevé:

⁹ La excepción fue oportunamente propuesta por la encartada (folio 135), se tuvo por contestada la demanda en auto del 18 de septiembre de 2019 (folio 156).

“Artículo 216: Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...).”.

En esta última –responsabilidad subjetiva-, que es la que al caso interesa, lo que importa es la conducta del causante del daño y si la misma es determinante a efectos de imputar la responsabilidad, por lo que, en estos eventos, se requiere el análisis de la acción y omisión y el grado de culpa en que incurrió para determinar la responsabilidad y no solamente la verificación de la causación de una consecuencia jurídica, por lo que indispensable resulta la acreditación, no solo de la ocurrencia del siniestro, sino también la demostración con suficiencia de la culpa del empleador.

Esta directriz debe acompasarse con el artículo 1604 del C.C. en el que se señala que *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.”*

Sobre el concepto de culpa, la ley distingue tres clases de culpa (artículo 63 Código Civil):

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.”

Al respecto, bien vale la pena recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 6497 del 29 de abril de 2015 con radicación No. 44894:

“(…) Como se observa, la norma no hace referencia a cuál es la culpa que debe acreditarse para tener derecho a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios. Por ello, y dado que el contrato de trabajo es bilateral en tanto reporta beneficios

recíprocos para las partes, necesariamente debe acudirse a lo previsto por el artículo 1604 del Código Civil, (...)

Así las cosas, la correcta intelección de la norma implica que la culpa derivada del contrato de trabajo —conmutativo— es la “leve” (...)

En este orden de ideas, bajo ninguna perspectiva puede aceptarse que la responsabilidad de los empleadores, en lo que respecta a la culpa patronal en materia de accidentes de trabajo, deriva de la “culpa levisima”, pues como lo enseña el citado artículo 1604 del Código Civil opera solo en los contratos en los cuales “el deudor es el único que reporta beneficio”, que no es el caso del contrato de trabajo en el que los beneficios son recíprocos para trabajador y empleador.

El anterior criterio, encuentra soporte jurisprudencial, no solo en la sentencia que atinadamente cita el tribunal; también en la providencia CSJ SL, 30 jun 2005, rad. 22656, reiterada recientemente en la CSJ SL5832-2014, cuando al efecto se dijo:

“Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador.

Esa ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete ‘probar el supuesto de hecho’ de la ‘culpa’, causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley ‘culpa leve’ que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios” (negrilla fuera del texto)

Ahora, como se anotó, para que proceda la indemnización solicitada debe comprobarse palmariamente que la enfermedad o el accidente sufrido por el trabajador fue con ocasión y causa imputable a la culpa del patrono, es decir, que haya mediado grado de impericia, negligencia o falta de cuidado en éste y como consecuencia de ello, se haya producido el hecho.

Igualmente, se resalta que conforme el artículo 1757 *ibídem*, quien tiene la carga de la prueba es aquella persona que alega la existencia de una obligación o su extinción, de manera tal, que para el presente caso, debe ser la parte actora quien pruebe la culpa, momento en el cual la carga será trasladada a la empresa demandada.

En el *examine*, tal como se dejó sentado al inicio, es evidente la existencia de unas patologías catalogadas como enfermedad profesional, por lo que el siguiente paso es determinar si aquellas se ocasionaron por culpa del empleador.

En ese orden, y atendiendo las manifestaciones de la alzada, a efectos de corroborar si la enfermedad profesional padecida por el señor Alfredo Churi Popo, es por responsabilidad o culpa achacable a su empleador, por una eventual omisión en el “*cumplimiento a cabalidad de las recomendaciones médico laborales realizadas después del accidente de trabajo*” (pretensión 10, folio 81) procede la Sala con el análisis íntegro del acervo probatorio.

En esa dirección, se advierte, brillaron por su ausencia los medios de prueba, tendientes a demostrar la culpa del empleador o su responsabilidad frente a los padecimientos de salud sufridos por el demandante, pues a este propósito, de las pruebas aportadas solo se encuentra lo siguiente:

El 24 de enero de 2009 se expide certificación de aptitud (folio 21) en el que se conceptúa ser “*apto con limitaciones físicas que no interfieren con el trabajo*” para el ejercicio del cargo de “*supervisor operativo*”; sin embargo, allí no se especifica a qué obedecen esas limitaciones, si cuenta con algún diagnóstico, ni se indican las recomendaciones que deben ser acatadas por el empleador.

Al plenario se incorporó igualmente copia del dictamen No. 820405 del 5 de octubre de 2015 emitido por POSITIVA Compañía de Seguros -ARL- (folios 29 a 32) en la cual se destaca lo siguiente:

Epicrisis o resumen de historia clínica:

“(…) 27/02/2015 trabajaba como auxiliar de encomiendas en empresa de transportes, **no trabaja desde hace 5 años.**

Síndrome de manguito rotador derecho (tendinopatía supraespinoso con una ruptura parcial bursal, tendinopatía del infra-espinoso con una ruptura parcial intra-sustancia)

*Paciente masculino de 53 años, diestro, refiere dolor severo a la movilización del hombro derecho **desde hace 5 años.** Calificado de origen **profesional el 9 de julio de 2014 (…)** Revisando los aplicativos de la ARL el paciente tuvo controversia acerca de una lesión de la muñeca que las juntas la dieron como de origen común, **con respecto a la patología del hombro al parecer fue calificada en PCL 0% como accidente de trabajo.** El paciente informa que su caso se encuentra en la justicia común ordinaria y*

*su abogado está solicitando nueva calificación de PCL. **Está incapacitado hace 5 años y ya tiene recomendaciones laborales**, última incapacidad hasta el 12/03/2015 emitida por el ortopedista. Le han realizado infiltraciones y al parecer terapia visco-suplementación sin resultado (...) 18/02/2015 valoración ortopedia anotaron: paciente con hombro congelado con dolor intenso que no permite movilidad activa ni pasiva, resonancia magnética de hombro derecho: Muestra lesión del supra-spinatus que no es causante de la limitación tan importante que tiene el paciente (...) DIAGNÓSTICO: **secuelas de trauma en el hombro derecho. Lesión del manguito rotador derecho con hombro congelado. Plan. Se cierra caso y se procede a calificar PCL.**” (Negrilla y subrayas de la Sala).*

En tal experticia no se consigna la razón por la que la patología está asociada con el trabajo, lo cual se infiere, se debe a que el origen fue determinado en dictamen del 9 de julio de 2014 el cual no fue allegado al plenario. Adicionalmente, en tal legajo se anotó, con relación al “pronóstico ocupacional” que “*el afiliado no puede reintegrarse en la ejecución de las tareas descritas –tiqueteador-, teniendo en cuenta que se requieren habilidades bimanuales y capacidades neuromotoras con el MSD, para la manipulación del mouse, agarres finos de precisión y destreza uni y bimanuales para contar y entregar el dinero, junto con praxias motoras finas para las operaciones de escritura y manipulación de las hojas del talonario. Estas exigencias motoras requieren una mayor ejecución con el desempeño ocupacional funcional del afiliado*” (folio 31 vto.), pero no se explica cómo sobrevino la enfermedad.

Dicho documento tampoco resulta ser idóneo para derivar de allí la negligencia del empleador en la implementación de programas de seguridad y salud en el trabajo y menos aún, establecer los factores de riesgo a los que se pudo ver expuesto en el ejercicio de sus funciones al servicio de la empresa convocada a juicio que desembocaran en las patologías que producen su pérdida de capacidad laboral, ni determinar con ello el incumplimiento de las recomendaciones médicas –las que se desconocen-, pues durante los 5 años que llevaba siendo tratado por su padecimiento –según el resumen de la Epicrisis- no laboró, en razón a sus incapacidades.

En el expediente se advierte además “*valoración médica*” realizada por el departamento de salud ocupacional de la Cooperativa de Transportes Velotax calendada 20 de mayo de 2015 (folios 33 a 36), en el que se marcan las casillas “*ingreso*” en tipo de examen, “*si*” en ATEP- Accidente de Trabajo o Enfermedad

Profesional-, “si” en secuelas. Igualmente se describe dentro de la “*historia ocupacional*” accidente de trabajo “*caída de una altura de 6 metros golpeado (sic) hombro derecho con lesión del manguito rotaro (sic) actualmente hombro congelado*” (folio 33), diagnósticos: “*lesión manguito rotador derecho*”; “*hombro derecho congelado*” con origen “AT”- Accidente de Trabajo.

También se encuentra “*informe análisis de puesto de trabajo*” realizado por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS el 26 de noviembre de 2013 (folios 42 a 49) cuyo objeto era “*Identificar las condiciones del puesto de trabajo de Auxiliar de Logística del trabajador Alfredo Churi Popa (sic) con el fin de aportar información que permita establecer el origen de su patología*”. En los antecedentes de salud se consigna:

“Refiere el trabajador dolor continuo severo, con limitación en la movilidad articular en miembro superior derecho, hormigueo y adormecimiento desde los dedos de la mano hasta el hombro, tratado actualmente con medicamentos orales.

Reporta caída, el 24 de mayo/ 2010 donde se encontraba descargando una mercancía, recibe llamada del jefe inmediato quien solicita descarga inmediata, como estaba lloviendo el piso se encontraba mojado el vehículo se rueda quedando un espacio entre la plataforma de descargue y el vehículo, el trabajador pierde el equilibrio y se cae aprox. Metro y medio recibiendo el golpe por todo el hemicuerpo derecho.
(Subrayas de la Sala)

La profesional encargada del informe concluye (folio 49):

“(…)

- *Se evalúa puesto de trabajo de auxiliar de logística, cargo que el trabajador desempeña desde hace 175 meses, observando que las diferentes tareas ejecutadas las realiza de forma continúa (sic) con movimientos de flexión de hombro, flexo-extensión de codo, pronación de antebrazo asociadas al desplazamiento continuo de zorra de transporte*
- *El cargo desempeñado por el trabajador requiere que adopte y mantenga postura bípeda –de pie- durante el 95% de la jornada laboral*
- *Las tareas ejecutadas por el trabajador son realizadas en plano horizontal **con zonas de alcance óptimas dentro del puesto de trabajo***
- ***Las actividades no exigen la manipulación de cargas**, solo desplaza la zorra de transporte con cajas y paquetes **con un promedio de peso de 1 a 25 kg cada uno.***
- *Durante la jornada laboral cuenta con períodos de descanso para almuerzo 60 minutos y 2 refrigerios de 15 minutos”* (Negrilla y subrayas de la Sala)

Se advierte además “*valoración inicial de terapia ocupacional*” emitida el 15 de marzo de 2011 (folio 51 a 53), en la cual se establece que respecto del accidente de trabajo acaecido el 24 de mayo de 2010, se valoró hombro y mano derecha que no presentan movilidad articular.

De lo extractado, y particularmente del resumen de la historia clínica tomada en consideración para efectos de calificar al actor, se puede establecer que la sintomatología inicial la presentó el trabajador a partir del año 2010¹⁰, lo cual permitiría inferir que ocurrió luego del accidente laboral, siendo incluso factible concluir, con lo acopiado en el expediente, que no se trató de una enfermedad adquirida por la sobre exposición a un riesgo, sino, como secuela de un accidente de trabajo del que se desconocen las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrió, pues en los documentos incorporados como prueba solo se describió el siniestro, sin hacer mayores especificaciones. De hecho, puntualmente se determinó en el dictamen como diagnóstico: “*secuelas de trauma en el hombro derecho. Lesión del Manguito rotador derecho con hombro congelado*” (folio 30) debiendo anotar, contrario a lo que deviene de los medios probatorios, el recurrente fue enfático en la alzada en señalar que “*no se aportó el accidente de trabajo porque el trabajador no se pensionó en su diagnóstico o su daño no fue como consecuencia del accidente*” precisando igualmente que sus pretensiones no están relacionadas con el accidente, cuya ocurrencia no fue objeto de discusión en la litis (ver respuesta hecho 8, folio 126).

En ese sentido, no resulta posible tampoco considerar el “*análisis de exigencias del puesto de trabajo*” que fuera expedido por Sinergia Gestión el 11 de abril de 2011 (folios 54 a 56) pues este fue efectuado como consecuencia del accidente laboral, y aunque se detallan algunos peligros del puesto de trabajo (folio 55), no se explica en ningún aparte su incidencia con la enfermedad diagnosticada al demandante y que fue objeto de calificación, de hecho ni siquiera menciona la relación con el accidente de trabajo.

Debe tenerse en cuenta, el artículo 3 del Decreto 1477 de 2014 –vigente para la fecha de estructuración de la enfermedad del demandante- establece que para determinar la relación causa- efecto de una enfermedad laboral se debe identificar:

¹⁰ El dictamen fue emitido en 2015 y allí se especifica que el dolor severo del hombro inició hace 5 años.

“1. La presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador, de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar, teniendo en cuenta criterios de medición, concentración o intensidad. En el caso de no existir dichas mediciones, el empleador deberá realizar la reconstrucción de la historia ocupacional y de la exposición del trabajador; en todo caso el trabajador podrá aportar las pruebas que considere pertinentes.

2. La presencia de una enfermedad diagnosticada médicamente relacionada causalmente con ese factor de riesgo.”

Y aunque en este caso la patología ya se encuentra calificada como de origen laboral, lo cierto es que no se demostró en juicio cual fue la real causa de la misma para identificar el riesgo al que lo expuso su empleador, teniendo en cuenta que, de acuerdo con los textos médicos sobre la materia, la enfermedad del manguito rotatorio puede ser el resultado de una lesión importante en el hombro, o una degeneración progresiva o un desgaste del tejido del tendón¹¹.

Es importante señalar además, aunque en la tabla de enfermedades laborales adoptada mediante Decreto 1477 de 2014 se describen como factores de riesgo asociados, entre otras, a la enfermedad del síndrome de manguito rotador los “*Movimientos repetitivos, posturas forzadas, aplicación de fuerza combinada con movimientos repetitivos, posturas forzadas y/o vibraciones*” era carga del demandante probar la existencia de estos en la actividad laboral desarrollada y la relación causa- efecto con la enfermedad diagnosticada y calificada, lo que no ocurrió, precisando que en todo caso dichos riesgos podían ser inherentes al cargo desempeñado y no por ello es posible colegir la presencia de culpa “*suficientemente*” comprobada del empleador.

Las circunstancias anotadas por sí solas no permiten demostrar que la enfermedad de origen laboral del demandante surgiera como resultado de omisiones del empleador, ya sea por la falta de suministro de elementos adecuados para el desempeño de su labor, por no acoger las recomendaciones, de las que se insiste no hay evidencia en el cartapacio procesal, como se alegó desde el libelo introductor, o por su impericia frente a la disminución del riesgo, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, para la procedencia de las pretensiones incoadas por el demandante, se requiere encontrar plenamente probada la culpa del empleador, respecto de la enfermedad padecida, aspecto que

¹¹ Consultado: <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/rotator-cuff-injury/symptoms-causes/syc-20350225>

como se anotó, en autos se echa de menos. Tal conclusión no se desvirtúa con lo expuesto por la testigo Susana Espinel¹² en tanto, de una parte, no le consta directamente lo relacionado con el accidente y el conocimiento que tiene deviene de lo comentado por el actor y respecto de las condiciones laborales aludió a ellas de manera genérica para todos los trabajadores, precisando que ella laboró en una sede diferente a aquella donde el demandante prestó sus servicios. Tampoco se derruye con la notificación de la PCL realizada por la EPS (folio 30), cuaderno proceso Juzgado 23 Laboral), pues tales documentales, que integran el proceso 23 2019 708, fueron decretadas como prueba únicamente a efectos de resolver la excepción de inepta demanda.

Se itera, no se evidencia dentro del plenario a cuáles “riesgos” estuvo expuesto el actor para la época en que prestara sus servicios a la accionada, mucho menos se observa recomendación del médico tratante o del área encargada para tal fin al interior de la empresa accionada tendiente a acreditar la necesidad de asignar diferentes labores para las cuales fue contratado el actor; sólo se evidencia análisis del puesto de trabajo (folios 42 a 49), empero el mismo sólo fue realizado en noviembre de 2016, data para la cual el actor llevaba más de 3 años incapacitado, sin desempeñar actividad alguna dentro de la compañía, razones que impiden tenerlo en cuenta para lo pretendido por el actor. Adicionalmente, desde para el año 2009 se encontraba certificado como “*apto con limitaciones físicas que no interfieren con el trabajo*” de cara a desarrollar la labor de “*supervisor operativo*” (folio 21).

Así, y a riesgo de ser reiterativos, para la Sala el demandante no logró demostrar que sus padecimientos de salud derivaran de la culpa de su empleador, pues al margen de que se trate de una enfermedad calificada de origen laboral, se debe tener plena certeza que el padecimiento surge por la culpa su patrono para dar viabilidad a la indemnización reclamada, lo que no acaeció en el examine, pues como se anotó, de las pruebas vertidas no se puede establecer que las actuaciones u omisiones del empleador fueran la causa del padecimiento, quedando tales aspectos en las meras afirmaciones consignadas en el libelo introductor. Frente a este punto puede consultarse la Corte Suprema de Justicia en sentencia 42532 del 30 de julio de 2014, donde se señaló:

¹² Audiencia del 24 de julio de 2020, récord 1:54:16, Cd folio 204.

*“1º) Antes de abordar la Sala el estudio objetivo de las pruebas denunciadas en el cargo, conviene recordar, que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el lit. b), art. 12 de la Ley 6ª de 1945 (sector oficial) y en el Art. 216 CST (sector particular), debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de **que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia o efecto de la negligencia o culpa del empleador en el acatamiento de los deberes que le corresponden de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (num. 1º y 2º art. 26 Decreto 2127 de 1945)***

La causalidad, es decir, 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 a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, 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.

... como se vio, la demostración de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios exige la prueba del (i) daño originado por causa o con ocasión del trabajo; (ii) la culpa suficientemente comprobada del empleador, y (iii) el nexo de causalidad entre el daño y la culpa, sin que ninguno de esos elementos sea susceptible de presumirse legalmente pues no existe una norma en el esquema de responsabilidad subjetiva de culpa probada que así lo indique”.

Así las cosas, ante la orfandad probatoria respecto de la culpa del empleador en el origen del padecimiento de la enfermedad del demandante, no queda otro camino que confirmar la decisión de primer grado, en este aspecto.

De esta manera, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

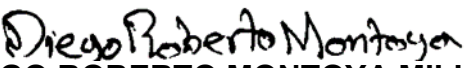
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **CONDENAR** a la COOPERATIVA DE TRANSPORTES VELOTAX LTDA, a reliquidar a favor del demandante los aportes a seguridad social en pensión de febrero a mayo de 2010, con el salario realmente devengado en esos periodos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEONEL ALBERTO FLORIAN FLORIAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2019 00342 01).

Bogotá D.C. diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, y que fuera remitido mediante mensaje de datos el 1 de marzo del año en curso.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de PORVENIR y COLPENSIONES, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el

Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de noviembre del 2020 (Audiencia virtual, récord: 51:07), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a Porvenir a trasladar al señor LEONEL ALBERTO FLORIAN a devolver todos los aportes que hubiese realizado junto con las cotizaciones y rendimientos al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones al señor LEONEL ALBERTO FLORIAN que administra esa entidad de los aportes que recibe de Porvenir e incorporarlo como si nunca hubiese dejado de cotizar en este régimen.

TERCERO: En caso de no ser apelada se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá para que se estudie en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** a Porvenir por la suma de \$100.000.”

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES expresa que la afiliación del demandante es válida toda vez que fue suscrita de forma libre, voluntaria sin presiones ni constreñimientos por una persona que plenamente capaz, aunado a que las meras expectativas no constituyen derecho conforme lo enuncia el artículo 17 de la Ley 153 de 1887.

Por otro lado indica, se deben tener en cuenta los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, nadie puede alegar en su favor su propia culpa y hay hechos sobrevinientes que no se pueden prever al momento de la afiliación, solicitando sea revocado el fallo de primer grado (Audiencia virtual, record: 53:20)¹

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

¹ “Gracias su señoría muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá con el fin de que sea revocado el fallo dictado en el presente proceso.

En primer lugar se sostiene que la afiliación es válida toda vez que fue suscrita de forma libre, voluntaria sin presiones ni constreñimientos por una persona que plenamente capaz, adicionalmente se enuncia el artículo 17 de la ley 153 de 1887 que habla acerca de las meras expectativas que no constituye derecho en contra de una ley nueva que las anule o cercene, la caducidad de la recisión del formulario de afiliación de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil que señala el termino de cuatro años para solicitarlo. Debe tenerse en cuenta también los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, nadie puede alegar en su favor su propia culpa y hay hechos sobrevinientes que no se pueden prever al momento de la afiliación, me reservo el derecho de ampliar la apelación y en este sentido dejo sentado el recurso, muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LEONEL ALBERTO FLORIAN FLORIAN, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 10 y 11 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 7 a 10, aspirando, se declare la nulidad del traslado de régimen de ahorro individual, en consecuencia se ordene a la AFP Porvenir a trasladar todos los aportes realizados a Colpensiones, como también se disponga que ésta entidad acepte dichos aportes y lo registre como afiliado al régimen de prima media sin solución de continuidad desde el 19 de diciembre de 1979, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se ordenó el traslado de régimen del accionante, condenando a Porvenir a devolver de todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 14 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 7 de febrero de 1957, por lo que la

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PORVENIR el 11 de marzo del 2019 (folios 35 a 42 expediente digital), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho. De otra parte, no tenía el demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 352.14 semanas de cotización (Historia Laboral válida para bono pensional fl. 167) equivalentes a 6 años, 5 meses y 10 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 9 de agosto del 2004 (fls. 160 y 163) específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el registro de ASOFONDOS y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, *verbigracia*, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...)”

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el promotor del litigio⁴, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Porvenir, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que el fondo privado era mucho mejor.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (9 de agosto del 2004 fl. 160) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, por lo que ésta Sala de decisión adicionará en este aspecto el fallo de primer grado, para declarar INEFICAZ el traslado de régimen efectuado por el actor a la AFP PORVENIR, por cuanto si bien en la parte motiva de la sentencia el Juez *a quo* hizo un estudio sobre el deber de información cargo de las AFP no mencionó cual es la consecuencia de ello.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 160), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio

⁴ Récord 12:30 Audiencia virtual.

probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación*

definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además de la apelación se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁵ (fl. 70 expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, adicionándose en los términos antes expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

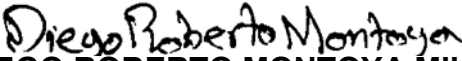
PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DECLARA** la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por el señor LEONEL ALBERTO FLORIAN FLORIAN el 9 agosto del 2004, al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá como válidamente afiliado al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 4 de noviembre del 2020.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MAURICIO FERNANDEZ FERNANDEZ CONTRA LA CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC -CAXDAC- (39 2017 00194 03).

Bogotá D.C. diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (folios 855 a 858 y 860), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de octubre de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 848, récord: 53:58, acta folios 849 y 850), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS propuestas por la demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior ABSOLVER a CAXDAC de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor MAURICIO FERNANDEZ FERNANDEZ.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante dentro de las cuales se deberán incluir como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

CUARTO: CONSULTESE la presente decisión con el superior por resultar adversa al demandante.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, alegando una indebida valoración del material probatorio. En ese sentido, indica, el demandante sí demostró en el proceso que renunciaba por razones imputables al empleador las cuales se enmarcan dentro de las establecidas en el artículo 62 del CST, precisando la *a quo* valora en forma equivocada la carta de renuncia pues en la misma el actor puso en conocimiento de la demandada por qué no estaba de acuerdo con las razones de la decisión tomada por la junta directiva en acta 1904.

Por otro lado señala haberse desconocido la declaratoria de la confesión que obra en contra de la entidad demandada, pues dentro de los hechos que eran ciertos se encuentran además de los extremos de la relación laboral que el actor presentó una renuncia motivada por razones imputables al empleador, exponiendo los motivos que llevaron a tomar la determinación de no dar cumplimiento a las decisiones adoptadas en la junta directiva contrarias a la ley de reactivar el pago de pensiones especiales transitorias aún en contra de las decisiones judiciales de tutelas tramitadas por los aviadores, reiterando no analizó la declaratoria de confesión.

Expone el recurrente, que si CAXDAC hubiera tenido alguna duda de cuál era la razón por la cual doctor Mauricio Fernández había renunciado al cargo debió habérselo dicho en respuesta a la carta de renuncia, imponiéndole la carga de la prueba a su representado de demostrar algo que ya estaba probado con la declaratoria de confesión, considerando la jurisprudencia de las altas cortes ha establecido que no basta con que el empleador diga que no comparte las razones por las cuales renuncia su trabajador sino que tiene que explicar los motivos por los cuales no comparte esas razones.

Indica que el juzgado tenía que haberle dado validez no solo a la carta del despido sino a la comunicación a través de la cual el demandante y los dos vicepresidentes ya habían expresado los motivos por los cuales no podían cumplir la orden que estaba impartiendo la junta directiva, lo cual hizo el 26 de mayo del 2016 es decir 3 días después de haberse llevado a cabo esa junta directiva, por lo que en su sentir si hubo una oposición expresa, clara y concisa frente a la reanudación del pago de dichas pensiones, cumpliendo así con las obligaciones

especiales del trabajador, en cuanto a que comunicó oportunamente al empleador las observaciones que estimó conducentes a fin de evitarle daños y perjuicios, pues los dineros manejados por caxdac tienen una destinación específica de responsabilidad fiscal, circunstancias también manifestadas por la Dra. Julieta Rocha miembro de la junta directiva y quien tampoco estaba de acuerdo con la decisión tomada.

Advierte, la renuncia no se dio por un punto de derecho sino por un perjuicio que iba a sufrir la demandada, siendo obligación del actor expresarle las razones por las cuales la accionada iba a sufrir un detrimento patrimonial pues no se podían reactivar esas pensiones especiales transitorias, aduciendo Caxdac con su silencio aceptó que el actor tenía razón y ante la declaratoria de confesión se invirtió la carga por lo que era la demandada quien debía desvirtuar que lo que dijo el Dr. Fernández en la carta de despido no era cierto, lo cual no se hizo.

Por otro lado señala, todos los testigos expusieron de manera clara el constreñimiento al cual estuvo sometido el señor Mauricio Fernández por la junta directiva, lo cual lo llevó a tomar la decisión de renunciar y frente a la cual se guardó silencio por la pasiva.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la prima de vacaciones asegura haberse equivocado el juzgado, por cuanto existe un comprobante de pago del 15 de abril del 2015 en donde se observa que al demandante el pagaron en ese año 28 días de vacaciones para la cual se tenían que contabilizar los días sábados, domingos y festivos, tal y como se señala en un documento aportado al expediente (*sin referir cuál*), aunado a que con la declaratoria de confesión se acepta, la accionada no liquidó la referida prima en debida forma, por lo que debe proceder al reconocimiento y pago de la misma (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 848, récord: 54:12)¹.

¹ “Gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho dentro del proceso del doctor Mauricio Fernández contra la caja de auxilios y prestaciones de la sociedad colombiana de obras civiles de CAXDAC y lo sustentó en los siguientes términos:

En primer lugar estimo que el juzgado se equivocó porque el juzgado dice que mi representado no demostró cual era en realidad la causa por la cual él estaba renunciando que no se dijo expresamente en la carta de renuncia cual era la causal que él estaba invocando para ello y que como no se invocó la causal que no se puede fulminar la condena por indemnización por despido indirecto y adicionalmente porque el juzgado dice que mi representado en ningún momento, que digamos que se podría pensar que era como el numeral tercero del literal b del artículo 62 del CST, pero que la carta palabras más, palabras menos no es contundente frente a

los motivos de la renuncia valga la redundancia motivada. Yo me aparto de esa consideración en lo que tiene que ver con la renuncia motivada de mi representado por las siguientes razones:

Primero porque el demandante si demostró en el proceso que renunciaba por razones imputables al empleador y adicionalmente que evidentemente las razones expuestas por el doctor Fernández se enmarcan dentro de una de las causales o dentro de las causales que establece el artículo 62 del CST, modificado por el artículo séptimo del decreto 2351 de 1965 y evidentemente se trata de una norma que dice que en relación con la terminación del contrato por justa causa, son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo el literal b ciertamente indica por parte del trabajador: Numeral tercero: “Cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzcan al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas” y es que estimo con todo respeto que el juzgado en primer lugar valora en forma equivocada la carta de renuncia porque en la carta de renuncia el demandante si manifestó cuales eran las razones por las cuales estaba renunciando.

Razones que incluso el mismo juzgado parece reconocerlo, son razones que el demandante ya había puesto en conocimiento de la demandada y yo en este aspecto quiero ser muy puntual en el sentido de que como evidentemente el juzgado lo dice y por eso me llama la atención cómo valora las pruebas, que el mismo juzgado relaciona y a través de las cuales fundamenta su decisión, el juzgado después se duele de que es que el actor no había expresado o indicado expresamente los motivos de la renuncia o que no encajaban en ninguna de las causales, pues señorita pienso que se equivoca porque ciertamente cuando se toma la decisión de junta directiva en el acta 1904 creo que es, el actor y otras personas las dos vicepresidentes jurídico y financiero la doctora Verónica Rocha y la Doctora Edith Quintero respectivamente pusieron de presente a la junta directiva las razones de su (sic) y es que no podía el juzgado primero analizar de forma aislada la carta de renuncia del demandante, en segundo lugar porque después que se conoció la decisión de junta directiva, pues evidentemente estamos hablando es del presidente de la demandada quien al unísono con las dos vicepresidentes le pusieron de presente a la junta directiva las razones por las cuales no podían o se opusieron más bien a esa decisión y es que señorita si nos fuéramos a la literalidad de las disposiciones legales el despacho se duele que el demandante no había impugnado la decisión de junta directiva, es que esta es como una primera comunicación donde evidentemente el demandante y la demandada expresaron la decisión expresaron la manifestación a través de la cual no estaban de acuerdo con esa decisión y no era por mero capricho que el señor presidente de Caxdac el señor Fernández se apartara con la decisión con las dos vicepresidentas sino que lo que primero se había indicado era que el acto legislativo 01 del 2005 no le había dado ese alcance que la junta directiva estaba expresando y es que no solamente eran en la junta directiva unos capitanes, también eran abogados prestigiosos y muy reconocidos de este país, miembros de la junta directiva y no solamente ellos, también el doctor Fernández que si bien no es cierto no es abogado pero ahí estaba la vicepresidente jurídica también respaldando un poco la decisión, pero me parece que el juzgado se equivoca es porque hace un análisis equivocado de estas probanzas. El juzgado no desconoce por ejemplo que hubo una declaratoria de confesión, incluso el mismo juzgado empezando su sentencia pues porque obviamente así ya había quedado establecido en audiencia anterior, indico cuales hechos eran ciertos en el presente proceso y dentro de los hechos que eran ciertos dentro del presente proceso se encuentran además de los extremos de la relación laboral que mi representado presento una renuncia motivada y que mi representado presento una renuncia motivada por razones imputables al empleador, porque es que la demanda si se dice y se expresa que evidentemente el demandado en el año 2016 presentó la renuncia motivada o eso se expresa en la demanda que evidentemente el demandante perdón reitero el demandante presento la renuncia motivada y el señor Mauricio Fernández le indica que por razones imputables al empleador se dice en el hecho, expuso los motivos que llevaron a tomar la determinación pero dentro de los que estaban al decisión de no poder dar cumplimiento a las decisiones adoptadas en la junta directiva y contrarias a la ley de reactivar el pago de pensiones especiales transitorias aun en contra de las decisiones judiciales de tutelas tramitadas por los aviadores, es que primero el juzgado no analizo y si lo hizo, lo hizo equivocadamente, los estatutos de la caja ¿Por qué razón? Haber voy en orden no analizo la declaratoria de confesión o no la analizo en debida forma porque si se refirió porque razón porque el juzgado aunque acepta que mi representado presento renuncia al cargo ciertamente se trata de una renuncia motivada tal como yo lo narro en el hecho vigésimo séptimo, incluso el hecho vigésimo octavo se refiere a la respuesta del Capitán Jorge Mario Medina presidente de la junta directiva quien le dice, le agradece al doctor Fernández y dice” Nuestro más sincero agradecimiento por su labor al frente de la entidad durante estos seis años “ pero fíjese que el juzgado no analizo dentro de la declaratoria de confesión me daba la razón a mí en cuanto se limitó en manifestar que se respetaban solamente las razones del motivo de su retiro las cuales no compartimos, pero el capitán el representante legal de Caxdac no dijo cuáles eran las razones por las cuales no se compartía la decisión.

Si Caxdac hubiera tenido alguna duda de cuál era la razón por la cual doctor Mauricio Fernández había renunciado al cargo debió habérselo dicho en respuesta a la carta de renuncia, es que el juzgado se equivoca porque le impone la carga de la prueba a mi representado de demostrar algo que estaba demostrado con la declaratoria de confesión y cual es precisamente la renuncia que evidentemente aunque fue aceptada pero por

razones imputables al empleador y además de eso que está demostrado que el Capitán Jorge Mario vio la carta de renuncia como presidente de la junta directiva, la acepto, la recibió y aunque le dice al demandante que no comparte las razones por las cuales el renuncia, el juzgado no tiene en cuenta y por eso se equivoca y esta comunicación del 12 de agosto del capitán Jorge Mario Medina Cadena, el juzgado se equivoca porque no le hace un análisis concreto a esa comunicación porque fijese que además de la declaratoria de confesión ahí está el documento y en el documento no dice nada distinto de que no comparto la decisión señor Fernández que usted presente carta de renuncia por razones imputables a nosotros, pero no explica y también se le olvido al juzgado que la jurisprudencia precisamente en desarrollo del despido indirecto la jurisprudencia lo que ha dicho de nuestras altas cortes Sala laboral de CSJ, de la Corte Constitucional es que no basta que con que el empleador diga que no comparte las razones por las cuales renuncia el demandante sino que tiene que explicar los motivos por los cuales no comparte esas razones y es que no analizo el juzgado que Caxdac si conocía cuales eran las razones por las cuales el demandante estaba renunciando y que son razones que se enmarcan en una de las causales y yo diría que de varias de las consagradas en el literal b del artículo 62 CST, es que el juzgado se equivoca porque cree que el demandante solamente con presentar la carta de renuncia tenía una carga adicional pues evidentemente mi representado la cumplió porque le dijo- como yo lo dije en las alegaciones estamos hablando del presidente de la junta directiva no puede venir aquí con aseveraciones injuriosas ni nada por el estilo para que se crea que se está inconforme con una decisión de junta directiva que era el máximo órgano o la máxima corporación al interior de Caxdac y que ciertamente él estaba subordinado a la junta directiva pero es que además el juzgado no tiene en cuenta y analizo de manera aislada la carta de despido sin tener en cuenta con que mi representado si cumplió con la obligación legal de haber indicado las razones por las cuales ya había presentado renuncia. Y reitero el juzgado se equivoca porque no tuvo en cuenta que esa carta del 11 de agosto del 2016 donde el presidente de la junta directiva le responde a mi representado la carta lo que le dice es que no compartimos esas razones pero yo digo fijese que no adujo el presidente de la junta directiva razón alguna por la que no "compartía" los motivos del demandante para presentar su renuncia, y es que el juzgado no dedujo, Si se ha dicho que la carta de despido o de renuncia, cuando yo presento un despido indirecto tiene que ser concreta y etc... pero es que la carta es concreta, pero los motivos expresados por mi representado en la carta ya los conocía la parte demandada y la declaratoria de confesión me da la razón en cuanto lo conocía de tal manera que incluso nunca se le dijeron porque razón no se compartían lo hechos es más si Caxdac hubiera tenido cualquier asomo de duda de cuáles eran las razones de mi representado y si se enmarcaban o no dentro de la ley laboral colombiana le hiera dicho en esa carta que le acepto la renuncia, cuáles eran los motivos se limitó Caxdac a decirle que no compartimos esos motivos pero no le dijo nada más, guardando silencio, no obstante a eso, no obstante la declaratoria de confesión el juzgado se equivoca porque le impone una carga procesal a mi representado la cual ya se había despojado y es que es más el juzgado se equivoca porque no hacen o aunque el análisis lo hizo en mi opinión no lo hizo de manera sosegada yo diría como lo establece el artículo 61 del CPT Y SS es que todas las pruebas se deben analizar en su conjunto y ¿Qué ocurre con esto? Que como todas las pruebas se deben analizar en su conjunto el juzgado tenía que haberle dado un poco no tuvo que haberle dado una validez de una magnitud tal, no solamente a la carta de despido sino a la comunicación a través de la cual el demandante y las dos vicepresidentes ya habían expresado los motivos por los cuales no podían cumplir la orden que les estaba impartiendo la junta directiva y es más señoría se equivoca el juzgado porque no analizo por ejemplo que ellos además de explicar todo lo que dijeron en esa comunicación de oposición que si tiene que tener y tenía que tenerlo el juzgado como haberse impugnado la decisión de la junta directiva porque es una carta que tiene plena validez, es una prueba calificada que tiene plena validez que no ha sido desconocida por la parte demandada y en esa carta ellos hicieron una exposición clara y precisa de los motivos y razones por las cuales ellos no podían darle cumplimiento a esa decisión de la junta directiva y me voy a permitir leerlo señoría porque es señoría se trata de un expediente con muchos folios y es lo siguiente es una carta del 26 de mayo efectivamente donde dice "Oposición administración frente las decisiones adoptadas por la junta directiva en sesión del 23 de mayo del año 2016" fijese su señoría de que el juzgado no analizo que dé desde el 26 de mayo del 2016 tenía 3 días después de que la junta directiva tomo esa decisión yo diría 4 porque aquí el radicado dice del 27 de mayo del 2016 si hubo una oposición expresa, clara y concisa a la decisión de la junta directiva de reanudar el pago de esas pensiones y ellos le dicen que manifiestan el desacuerdo total con esa decisión tomada en cabeza de los capitanes Cortes, Cantillo y Pinzón en la cual se determinó a coger la posición presentada por el Capitán Alfonso Pinzón de reactivar el pago de todos los aviadores que fueron pensionados bajo el artículo sexto del decreto 1282 de 1994. Señoría yo aquí hago un paréntesis para decir que Caxdac y ahí están los estatutos si el juzgado los analizo o no los analizo en debida forma y es ahí está que precisamente que Caxdac es una caja de previsión que administra unos recursos que ya incluso la jurisprudencia a determinado que si mi memoria no me falla de aportes parafiscales creo que lo ha dicho lo dijo la Corte Constitucional en lagunas decisiones, espero no estar equivocada estoy casi seguro porque es que Caxdac administra unos dineros, no solamente es el hecho de que si el doctor Fernández presentaba o no o se opuso o no, él se opuso evidentemente con unas razones concretas pero es que además estamos hablando de los dineros que administraba Caxdac y quien es el primer responsable el presidente de la entidad y Caxdac como era el doctor Fernández el presidente de la demandada, es más el hizo algo que el juzgado no analizo y fue que el doctor Fernández hizo algo y dentro de lo que se ha denominado como la lealtad de las partes

dentro del contrato de trabajo el doctor Fernández hizo lo siguiente: Obligaciones especiales del trabajador Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a fin de evitar daños y perjuicios que es una obligación del empleador consagrada en el artículo 58 del CST numeral quinto y que el juzgado paso por caso omiso, es decir el juzgado no lo analizo. Y es que con esta carta el señor Mauricio Fernández ya estaba dándole o ya estaba comunicándole las observaciones que estimara conducentes a fin de evitarle daños y perjuicios y acá en esta carta u oposición que hace el juzgado analiza equivocadamente están expuestas las razones por las cuales podía haber un problema incluso expuesto por ellos incluso en una comunicación que es como de unas doce páginas y pues yo por razones de economía y celeridad procesal si le pido a los honorables magistrados del Tribunal que la analicen en debida forma de acuerdo con lo que se dijo incluso aquí están en unos de los capítulos yo ruego que se analicen toda la comunicación incluso si hay un recuento de los precedentes judiciales pero adicionalmente hay un capitulo que se llama destinación específica de dineros que administra Caxdac responsabilidad fiscal nadie está obligado a lo imposible, la administración de Caxdac está impedida para cumplir decisiones de junta que son contrarias a la ley y a decisiones judiciales y ellos no solo el demandante sino las dos vicepresidentas le hacen una exposición clara en su oposición que en mi opinión el juzgado debió haberla analizado como impugnación de la decisión de junta directiva le cuentan y le dicen a ellos cual es la razón de ser de porque se está contrariando la ley con esa decisión de junta directiva, porque esa es una obligación del demandante así como de las dos vicepresidentas porque eran trabajadores de Caxdac entonces el juzgado no analizo lo que pasa aquí y es que mi representado desde el desarrollo del contrato de la buena fe, del principio de la buena fe el demandante acude con las dos vicepresidentas y con esta de oposición les dice o les explica o les comunica oportunamente al empleador las observaciones que el estimo conducentes a fin de evitarle daños y perjuicios, es que estamos hablando de la imagen de más ni menos del presidente de la entidad demandada y el actuando en derecho y lealtad con su empleador le hizo esa exposición.

Yo, la carta es que es muy muy extensa y pues me tocaría ponerme a leerla toda pero digamos que más que otra cosa es para decirles incluso a los Honorables magistrados que aquí se explican claramente las razones por las cuales el doctor Fernández le dijo a la junta directiva sabe que yo no puedo y vamos a incurrir en un ilícito en una irregularidad usted entidad Caxdac que sabe que los dineros que usted administra tiene una destinación específica es que estos dineros son de responsabilidad fiscal y el juzgado no analizo lo que expresamente no solo lo dice acá, lo que expresamente dice la ley dice los estatutos, lo dice la ley no analizo que el contenido por ejemplo de la misma carta se habla de las disposiciones pertinentes a las sanciones administrativas personales en un caso o el otro y una exposición clara, detallada incluso la responsabilidad civil que dice que todo director o representante legal vigilada por la superintendencia bancaria que evidentemente Caxdac es una entidad vigilada por la superintendencia bancaria- perdónenme me equivoque en lo último- pero lo que digo para resumir señoría es que el juzgado se equivocó porque no tiene en cuenta que mi representado si puso de conocimiento de la demandada lo que podía ocasionar un daño o un perjuicio a la accionada pues es el presidente de la entidad accionada, entonces el juzgado se equivoca también porque al analizar esa posición no la analizo en debida forma y para los efectos de que ciertamente mi representado si expuso a la entidad demandada las razones por las cuales se vio forzado a presentar la carta de renuncia. Y es que yo adicional a esta comunicación fijese que hubo opiniones ciertamente porque era un tema delicado ciertamente el juzgado menciona por ejemplo al doctor José Roberto herrera Vergara que pues una persona que todos sabemos que es un experto en el tema de seguridad social , en el tema de derecho laboral y todo el recurrido , presidente de la CSJ y que hacia parte de la junta directiva de Caxdac y que hizo una exposición también de los pro y los contras de reanudar el pago o no de esta clase de pensiones y había personal muy calificado, todos ni más faltaba que merecen mucho respeto la doctora Julieta Rocha otra apoderada y una abogada muy reconocida que tenían claro que podía ocurrir en uno u otra caso y es que la junta directiva de Caxdac no desconoce , y es que más que junta directiva la parte demandada no desconoce todas esas circunstancias, entonces no podía el juzgado absolver a la demandada porque presuntamente no se había invocado ninguna causal cuando ciertamente el juzgado hace un ejercicio que en mi opinión que aunque lo hizo para darle un alcance a la carta de renuncia lo hizo de manera equivocada porque si está demostrado la casual a través de la cual mi representado o las causales a través de las cuales mi representado expone la decisión de separarse de del cargo y obviamente por razones reitero que son endilgadas directamente al empleador y que el juzgado se equivocó porque no analizo lo que yo digo porque se trata de digamos de razones expuestas de manera concreta y que venían ya siendo debatidas después de la decisión de junta directiva de 1904 y posteriormente expuestas y como digo reitero en la oposición, es más la doctora Julieta Rocha Maya miembro de la junta directiva testigo en este proceso ella también radico una comunicación el 27 de mayo del año 2016 y le juzgado no hizo ninguna alusión y podría pensarse de como se trata de un documento emanado de un tercero aunque el juzgado no lo dijo y podría no tener una relevancia dentro del proceso pero resulta que yo desde ya manifiesto que si porque precisamente la doctora Julieta rocha maya incluso renuncio a su cargo en esa comunicación de director suplente de la junta directiva de Caxdac o perdóneme ella después presento renuncia a la junta directiva pero la doctora Julieta corrobora una especialista en derecho laboral y seguridad social como ella misma lo dijo cuándo el juzgado la indago sobre sus generales de ley y la doctora Julieta hizo una exposición clara de las razones por las cuales no podía

reactivarse el pago de las pensiones y resulta que el juzgado no analizo esta comunicación y el juzgado si la hubiera analizado se hubiera dado cuenta que la doctora Julieta corroboraba y lo hizo de una manera espontánea y este documento no fue desconocido por la parte demandada ni por el juzgado porque el juzgado no hizo ninguna referencia al documento y ella termina diciendo que en consecuencia ante la imposibilidad de impedir una decisión adoptada por mayoría que señala los estatutos habla de los tres votos manifiesto reiteradamente total oposición a las mismas por las razones impuestas todo ello para efectos de la exoneración de responsabilidad de administradores consagradas en la ley 222 de 1975 y normas que lo adicionen o modifiquen y para demostrarlo conforme lo señala la (sic) la diligencia y ejecución de todo acto posiblemente a mi alcance para evitar la toma de decisiones ajenas a intereses de la entidad.

La doctora Julieta yo lo que digo es que esa comunicación corrobora lo que ya ha dicho la oposición del presidente y de las dos vicepresidentas, luego el juzgado se equivoca porque no analiza todos los documentos, el juzgado pido incluso una cantidad de actas de junta directiva pero solamente se refiere a una o se refiere digamos que expresamente a una de relación a algunas muchas pero se refiere a una y el juzgado se duele porque es que dice que es que la renuncia era por un punto de derecho no su señoría la renuncia no era por un punto de derecho, la renuncia era porque iba a ver un perjuicio para la demandada y porque el demandante estaba en la obligación de presentarle o exponerle las razones como ya lo exprese y con cumplir con su deber de manifestarle a su empleador cuales podrían ser o cuales eran las razones por las cuales el empleador iba a sufrir algún digamos un detrimento más tratándose de la naturaleza de los dineros que administra la demandada y resulta que se viene esta serie de documentos, se vienen esta serie incluso hay sentencias de tutela lo que indica en el juzgado no valoro donde evidentemente lo que indican que la demandada no podían reactivar el pago de esas pensiones incluso creo que se presentó a título informativo una decisión de la sala laboral de la corte donde corrobora lo evidentemente dicho y es que no es que se trate de un punto de derecho, el juzgado se equivoca porque claro la aplicabilidad del acto legislativo 01 del 2005 ciertamente es un punto de derecho pero estaba tomando la decisión una corporación estaba tomando la decisión un cuerpo colegiado y el demandante como presidente tenía la obligación de va a haber un detrimento patrimonial, vamos a cometer una irregularidad, vamos a cometer un ilícito y resulta que toda la cantidad de documentos que hay si lo demuestran porque hay muchísimos documentos que así lo demuestran, incluso hay documentos que fueron radicado en la superintendencia financiera, hay documentos incluso del ministerio de hacienda y crédito público hay una cantidad de actas de junta directiva y demás y de todos los documentos que se mencionan en la demanda que incluso los hicimos traer porque yo dije que eran documentos en poder de la parte demandada, pues son comunicaciones que el juzgado y son determinaciones de las que el juzgado no hizo ninguna clase de análisis.

El juzgado solo se limita a decir que a través de un punto de derecho no se puede determinar o no un despido indirecto, yo pienso que el juzgado se equivoca, el juzgado dejo de valorar una cantidad de pruebas, todos los pronunciamientos de los entes de control que están aquí los de la superintendencia financiera de las demás superintendencias que he mencionado donde incluso el demandante había enviado unas comunicaciones a todos estos entes de control el juzgado no hizo ninguna decisión y los entes de control en la mayoría de los casos coincidían con los criterios del doctor Fernández y con el criterio de la doctora Verónica Rocha, es más cuando se expuso el hecho se expusieron en la demanda varios hechos la demandada acepto que evidentemente se habían entregado una cantidad de digámoslo así de documentos provenientes de estas entidades de control y la demandada digamos que no discutió ni siquiera lo relativo como reitero a las razones que mi representado expuso para dirimir de su cargo, entonces en resumen ya voy a terminar con esta exposición pero en resumen es que el juzgado se equivoca porque dice que no quedo demostrada la causal invocada y si quedo demostrada porque evidentemente es la causal del numeral tercero literal b del artículo 62 del CST y otras causales que se aducen en la carta de despido que es una carta de renuncia muy decente pues ciertamente es una carta de renuncia muy decente pero que no podía ser reitero señoría analizada en forma aislada; tenía que ser analizada con todos los antecedentes que llevaron al demandado a tomar su decisión porque es que no fue que el doctor Fernández conoció la decisión de junta directiva y ese mismo día se fue, No, eso no es así, digamos que un suceso de hecho que dieron lugar a la renuncia presentada por el doctor Fernández primero el acta de junta directiva pero la oposición que yo digo que el juzgado se duele que no hay una impugnación en la decisión que por supuesto ahí esta impugnada lo que debió hacer fue haber demostrado que la demandada que el juzgado no analizo que paso o como se resolvió finalmente el tema la decisión tomada por el, claro en algún acta de junta directiva se trató se dijo y demás pero fíjese, es decir lo que sí se puede derivar y evidenciar de la oposición presentada por el presidente y las otras dos vicepresidentas es que Caxdac con su silencio acepto que ellos tenían razón y acepto con su silencio no solo ahí sino con su silencio en cuanto a las razones expuestas en la carta de despido acepto que el doctor Fernández tenía razón y es que Caxdac ya conocía los hechos que motivaron la decisión del doctor Fernández no podía analizarlo reitero de manera aislada porque es que su señoría como Caxdac ya conocía la decisión porque ya se había tratado después en otros temas de junta directiva y es más los testigos dijeron que creo que la doctora Edith, la doctora Julieta Rocha, la doctora Verónica Rocha y la doctora Luz Dary Valbuena creo que dijeron incluso el ambiente tan tenso que se generó después de que el presidente y las dos vicepresidentes tomaron la decisión y

le dijeron y le expresaron a la junta directiva que no iban a pagar esas pensiones y al parecer hubo otros hechos que podrían deducirse, motivaron esa decisión de la junta directiva del cambio de miembros de junta directiva pues obviamente en cuanto a las decisiones de junta directiva que se tomarían por mayoría pues obviamente se cambiaron los parámetros para efectos de la aprobación de las decisiones se cambió digámoslo así el criterio de la composición de los miembros de junta directiva que eran 33 familias, el juzgado no lo dijo pero podría decirse listo eran 33 familias que se vieron afectadas no no no , lo primero que uno tiene que cuidar es los recursos públicos porque la ley lo obliga a uno como administrador a eso, A cuidar los recursos públicos, los recursos fiscales, si yo estoy encargado de administrar los recursos fiscales pues evidentemente la ley me obliga a eso, me obliga a que tenga cuidado con dar n mal paso o entregar dinero que pertenece al erario público que es un dinero determinado como aporte parafiscal para entregarlo indebidamente porque la responsabilidad para mi va a hacer muy grande y eso que expusieron ello y siempre lo expusieron y por eso los testigos siempre recalcaron que evidentemente lo han expuesto y seguramente en el fragor de las decisiones de la junta directiva debió haber habido momentos de mucha tensión y de pronto hasta de irrespeto porque incluso la doctora Julieta rocha lo comento al momento de contarle al despacho que era lo que había ocurrido, pero señorita en resumen está demostrado, se logró demostrar que mi representado no solamente acredito la razón por la cual renunciaba sino que dentro de sus obligación como trabajador le puso en conocimiento antes que nada al empleador de lo que podría ocurrir para evitarle daños y perjuicios, entonces pienso que el juzgado se equivocó valoro en forma equivocada la confesión ficta, la confesión del representante legal , valoro de forma equivocada el escrito de demanda, el escrito de contestación, y todas y cada una de las comunicaciones, decisiones, oposición del año 2016 las comunicaciones de la superintendencia financiera y todas las comunicaciones aportadas al proceso al plenario , las actas de junta directiva , todas las actas de junta directiva donde evidentemente se demuestra la razón de ser el porqué del doctor Mauricio Fernández primero le quiera evitar daños y perjuicios a la demandada se lo expuso a la demandada o hizo caso omiso por las razones expuestas por mi representada y en esa mediad creo que el juzgado se equivocó si hubiera valorado en debida forma todas esas decisiones o todas esas documentales se habría percatado es que no fuera un punto de derecho el punto de derecho surge porque estamos hablando de unas pensiones y de la aplicación de un acto legislativo pero también esa consecuencia jurídica del acto legislativo y estamos hablando de la entidad que administraba o que administra el pago de esas pensiones luego no es que sea un hecho aislado ni nada por el estilo.

Así mismo pienso que el juzgado se equivoca porque no tuvo en cuenta los precedentes judiciales consagrados en las sentencias C 853 del 23 de septiembre del año 2003 que tratándose en revocatoria de pensiones dos deberes de verificación oficiosa sobre el cumplimiento de requisitos sobre lo decidido sobre la administración declara la corte constitucional con ponencia del Doctor Jaime Araujo indico lo siguiente “ El articulo 19 acusado tiene como campo de acción las pensiones o prestaciones económicas reconocidas irregularmente en ese sentido primeramente el artículo establece un deber de verificación oficiosa sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para la adquisición del derecho correspondiente incluidos los documentos que hayan soportado la obtención de reconocimiento y pago de la suma correspondiente a cargo del tesoro público es deber oficioso, el deber oficiosos de verificación recae en los representantes legales de las instituciones de la seguridad social” aquí no está en discusión que el doctor Fernández era un representante legal de una institución de seguridad social y por eso el doctor Fernández cumplió con ese deber oficioso de verificar si se podía o no reconocer el pago de las pensiones y eso fue lo que hizo lo expuso por eso envió las comunicaciones al entes de control que el juzgado no valoro y por eso los entes de control le comunicaron y le indicaron no solamente a mi representado sino a la junta directiva lo que podía pasar y si era procedente o no efectuar el pago de esas pensiones.

Retomo cuando dice la sentencia “ o en quienes respondan por el pago o hayan reconocido prestaciones económicas cuando quiera que existan motivos en razón de los cuales puedan suponerse que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica, consecuencialmente el articulo ordena que en caso de comprobarse el incumplimiento de requisitos o el reconocimiento que se hizo en apoyo de reconocimientos falsos el funcionario competente deberá revocar inmediatamente el correspondiente acto administrativo” Luego dice “pues bien el concerniente a la verificación oficiosa que la norma le impone como deber a los mencionados funcionarios la corte no encuentra reparo alguno, ahora viene estima al corporación que con un tal deber se entiende a proteger la objetividad, transparencia, moralidad, eficacia que la función administrativa requiere en orden al reconocimiento y pago de las pensiones u otras prestaciones económicas del régimen de seguridad social” y yo lo resalto es que la labor de los citados funcionarios refiriéndose a los representantes legales de las entidades de la seguridad social no puede enclaustrarse en el nicho de la apariencia habitual y del manejo mecánico de los actos administrativos que les compete expedir, considerar atender por supuesto porque era una orden de la junta directiva o satisfacer incluidos los documentos que soporten el trámite y expedición de los respectivos actos de reconocimiento y pago así mismo no se trata de prohijar la instauración de instancias administrativas dados los principios de economía, celeridad ,carga de la prueba y que la carta destaca a favor de la función administrativa que en todo caso debe resolverse en la materialización de los derechos y deberes de las personas por el contrario en arraigo de los principios que informan la función

administrativa al igual que en aras de la legalidad de los derechos adquiridos y de la defensa del tesoro público para la verificación oficiosa que el artículo 19 impone como deber confluye en la esfera positiva con claro linaje constitucional sin embargo es deber observar que la administración no puede a cada rato estar revisando lo que ya reviso derivando de un cuestionamiento recurrente de los sobre los mismos motivos y causas, que a más de no consultar el sentido y alcance del artículo 19, raya en el desconocimiento del non bis in ídem. Revisado un asunto por la Administración éste debe ser decidido de manera definitiva y la Administración no puede volver a cuestionar el mismo asunto una segunda o tercera vez”.

Entonces nótese que en armonía con lo dicho por la corte constitucional reitero lo que he dicho hasta la saciedad aquí y es que con el radicado del 26 de mayo del 2016 el doctor Fernández dio cumplimiento de ese deber de verificación oficiosa que la norma le impuso como representante legal y que claramente la corte constitucional refiere, el demandante no se enclaustra como lo dice la sentencia en ese nicho de la apariencia ritual y del manejo mecánico de los actos de complejidad que le competía expedir pues si bien es cierto otra de sus funciones como presidente porque ahí lo dicen los estatutos eran las de dictar de acuerdo con las determinaciones tomadas por la junta directiva las resoluciones sobre el reconocimiento de prestaciones tal como lo consagra el numeral sexto del artículo 36 de los estatutos de la entidad también lo es que la demandante fue más allá de la simple esfera formal para adentrarse en el campo sustancial de ese delicado e importante asunto lo cual sirvió para advertir a la junta sobre los riesgos de reanudar el pago de las pensiones. También quiero que los honorables magistrados hagan minuciosa y exhaustiva examen de todos los documentos que se presentaron aquí de todas las actas de junta directiva, de todas las decisiones tomas por la junta directiva de toda la prueba testimonial aportada de todo lo que dijeron las entidades de control y de lo que dicen los precedentes judiciales que están aportados acá las decisiones de tutela, las decisiones de la corte constitucional que yo los aporte y que evidentemente lo que dije con la reanudación del pago de las pensiones hubo muchas decisiones que aquí se narran y creo que narro el mismo doctor Fernández en el interrogatorio de parte por que los jueces de tutela y ordenaron a Caxdac a no pagar y no reanudar el pago de las pensiones, pero claro las decisiones de tutela tiene efectos inter partes pero si le daban la razón al demandante en relación con lo que el debió haber hecho es más el doctor Fernández quien era el que concedía los recursos extraordinarios o los poderes para atender los procesos y los recurso extraordinarios de casación que después le dijeron que tenía que desistir de todos los recursos extraordinarios de casación que había impuesto ahí estaban una de las actas de junta directiva y eso lo narraron los testigos y lo narro el mismo doctor Fernández en su interrogatorio de parte , pues evidentemente la junta directiva lo constriñe y el juzgado no analizo porque además le dice hágame el favor y persista de todos los procesos de los cuales Caxdac este debatiendo el tema del pago de estas pensiones especiales ante la sala laboral de la corte y resulta que el doctor Fernández ya había dado aplicación a esa revisión oficiosa que el impuso la ley y de la que Trata la jurisprudencia que yo acabo de referir o el precedente judicial además y resulta que el juzgado no lo analizo, el juzgado solo se limita a una cuestión formal resulta que la cuestión formal es que mi representado hubiera dicho si yo me invoco en el numeral tercero del tal disposición pero el juzgado no hizo un análisis del constreñimiento que ya venía sufriendo el doctor Fernández que lo llevaron a tomar esa decisión y es que viene concatenado con la oposición y posteriormente con todo lo que se debatió, con todo lo que comentaron los testigos, con todo el mal trato que le dieron a él y a las dos vicepresidentes para desembocar en una respetuosa carta de él diciendo yo me voy por estas razones porque aquí no podemos pagar las pensiones , que el tema presupuestal creo que él hace como seis puntos incluso el juzgado los acata, los indica, en un grado los menciona permítenme y resulta que esos seis puntos de la carta de despido y recalco sobre la carta de despido y sobre la respuesta que le dieron al demandante sobre la declaratoria de confesión además lo que ya ha dicho de los otros documentos recalco que el juzgado solo se limita a decir que la carga de la prueba es de mi representado ¿Cómo le impone una carga de la prueba a mi representado? cuando con la declaratoria de confesión se había invertido la carga de la prueba para que fuera la demandada quien debía desvirtuar que todo lo que dijo el doctor Fernández en la carta de despido no era cierto y aquí lo único que quedó demostrado es contundente, clara y evidente cierto todas las razones que el doctor Fernández expuso en la carta de despido , en la declaratoria de confesión y adicionalmente en la respuesta que le da el presidente de la junta directiva.

Acabo ya y con esto cierro para decirles a los H magistrados que la imposición es para el demandado, la inversión de la carga de la prueba era para el demandado de haber demostrado porque razón todas las razones que el Dr Fernández expuso en la carta de despido de renuncia los seis puntos debían ser desvirtuados y en todo el expediente con la cantidad de folios que hay no hay ni una sola prueba que se haya desvirtuado esa responsabilidad desde el punto de vista legal y procesal que tenía y que la ley impuso a la demandada y no obstante eso el juzgado hace una equivocada valoración de la confesión y de todos los documentos a los que yo me he referido para decir que mi representado no satisface las obligaciones legales cuando evidentemente están demostradas , la causal está demostrada reitero que está contenida en el artículo 62 numeral tercero del CST pero no solamente estas lo que el trabajador o lo que hizo el Dr. Fernández cumpliendo con las obligaciones como presidente de la junta directiva de Caxdac de haber indicado que podría ocurrir o los perjuicios que le podían ocurrir, incluso dice el ya para terminar su señoría el literal b dice el artículo 62 del CST “Terminación por justa causa: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de

trabajo: B). Por parte del trabajador: 3. Cualquier acto del {empleador} o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas” pero adicionalmente dice el numeral octavo 8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos. PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación” Mi representado explico el motivo de esa terminación y dice la causal “Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos” Por supuesto al prohibición es para alegarlos posteriormente no anteriormente Digo que el juzgado se equivocó en analizar todas las documentales , todo lo que dijeron los testigos de manera clara y comentada, el constreñimiento que se vio el señor Mauricio Fernández por la junta directiva que lo llevaron a esta decisión y obviamente el silencio del presidente de la junta directiva en responder una carta porque además sabía que en el fondo de su corazón que el señor Fernández tenía razón en todo lo estaba diciendo y evidentemente quedo demostrado aquí en el proceso porque para los efectos procesales quedo debidamente acreditada la renuncia motivada de mi representada, entonces señoría frente este aspecto pienso que el juzgado se equivoca porque no tuvo en cuenta que mi representado si logro demostrar lo que la ley le decía que demostrara pero además no tuvo en cuenta mostrar el motivo y razones por las cuales renuncio además que fue la demandada quien no cumplió con la carga de la prueba de acreditar que no aceptaba los motivos porque ellos hubieron que haber dicho los motivos por los cuales estaban en desacuerdo con la renuncia del señor Fernández y los 6 puntos lo único que se dice es que quedaron en firme ante el silencio de la demandada pero el juzgado no hizo un análisis en relación con ese aspecto.

Entonces lo que tiene que ver con la decisión la renuncia motivada su señoría esas son las razones que expongo para que la sala laboral del Tribunal superior de Bogotá revoque en su integridad la sentencia preciso en lo que tiene que ver con la renuncia motivada por mi representado y que condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa y que se condene en costas a la parte demandada por esa razón de despido indirecto.

Y lo que tiene que ver con la prima de vacaciones yo creo que el juzgado se equivocó porque no analizo por ejemplo el comprobante de pago de fecha de 15 de abril del 2015 que existe en el expediente, donde se observa que al Dr. Fernández le pagaron en ese año 2015 le pagaron 28 días de vacaciones por prima de vacaciones es que la norma que incluso que trata del pago de la prima de vacaciones el juzgado no tuvo en cuenta por ejemplo los otros si que están en el expediente y que fueron firmados entre el señor Mauricio Fernández y creo que en ese entonces era el vicepresidente jurídico que creo que era el doctor mantilla y en esos otros si se expuso el motivo de cómo se liquidarían las vacaciones y la primas de vacaciones es que Caxdac líquido como lo digo yo en la demanda indebidamente la prima de vacaciones porque la suma de \$26.535.736 que reconoció a 20 días de salario no era que debió a ver reconocido y el Dr. Fernández tenía derecho a 28 días de salario porque si bien inicialmente se había establecido esa prerrogativa equivalente a esa salario que venía percibiendo al momento de disfrutar de las vacaciones en los últimos años esa decisión se contabilizaba y se remuneraba prima los días sábados, domingos y festivos contenido en el periodo de vacaciones todo el periodo completo tal como lo acredita como por ejemplo el comprobante de pago que no fue analizado por el juzgado y que evidentemente ni siquiera fue desconocido por la parte demandada en el que a él se le pagaron 28 días de vacaciones por prima de vacaciones, está el documento no solamente del comprobante de pago están los otro si firmados por el Dr. Fernández con Caxdac donde se habla también del tema de prima de vacaciones y como se pactaba el pago del tema de la prima de vacaciones y hay un documento es que el expedientes es muy nutrido su señoría , hay un documento donde se habla y se acredita el pago de la prima de vacaciones, es un documento expreso que está en el expediente donde se acredita como se tenía que pagar y liquidar últimamente la prima de vacaciones y entonces lo que se dice es que se tenía que tener en cuenta sábados, domingos y festivos para efectos de liquidar la prima de vacaciones porque no era solamente unos días de la semana sino que se debía liquidar todo el periodo completo, adicionalmente porque mi representado con la declaratoria de confesión al demandada está aceptando que no liquido en debida forma la prima de vacaciones, entonces quien debió ser acreditando la razón de ser de dónde provenía o de donde porque razón era que estaba liquidando la prima de esa forma era la demandada y no mi representada quien reitero la confesión ficta entre otras pruebas acredita de que es qué o más bien que la demandada le dio la razón a la parte demandante en cuanto líquido equivocadamente e indebidamente la prima de vacaciones en esa medida se debe proceder al reconocimiento y pago de la prima de la reliquidación y obviamente se debe proceder al pago de los conceptos solicitados también en el capítulo de la demanda.

En esos términos su señoría me excuso un poco lo extenso del recurso pero es que hay una cantidad de información de pruebas yo le pido desde ya a los honorables magistrados que analicen todas las pruebas que el juzgado no analizo y que se pidieron que están en el expediente y que fueron decretadas todas las pruebas documentales , que se analice en debida forma toda la prueba testimonial y que se tenga en cuenta que mi representado si cumplió con la carga de la prueba de demostrar la razón de ser porque se vio obligado a

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante MAURICIO FERNANDEZ FERNANDEZ en este ordinario, las pretensiones visibles a folios 3 a 5, las cuales fundó en los hechos narrados a folios 5 a 12, solicitando se declare laboró para la accionada del 12 de enero del 2010 al 17 de agosto del 2016, en el cargo de Presidente devengando como último salario la suma de \$39.802.614, terminación que se dio por la decisión adoptada por la Junta Directiva en sesión del 23 de mayo del 2016 al ordenarle realizar actuaciones contrarias a la ley y que lo podrían inducir a cometer un ilícito, en consecuencia solicita se condene al pago de la indemnización del artículo 64 del C.S.T. por despido indirecto, como también se ordene la reliquidación de la prima de vacaciones ya que solo le cancelaron 20 días y no 28, la indemnización de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** en tanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones en su contra, tras considerar la juez de primer grado que no se encontraban probados los hechos aducidos a la demandada máxime cuando se le imputan situaciones a Caxdac que no le son atribuibles, pues no se probó que la decisión tomada por la junta directiva de Caxdac no se encontrara ajustada a derecho, correspondiéndole a la autonomía de la enjuiciada tomar la decisión de la reactivación de las mesadas, precisando el hecho de no tener el mismo criterio frente a un punto de derecho no significa per se la procedencia de la indemnización por despido indirecto ni que sea un acto ilegal y en cuanto a la reliquidación de la prima de servicios manifestó no encontrar estipulación en la que se indique que se deben sumar sábados, domingos y festivos, aunado a que

renunciar a motivadamente al cargo, porque de todas maneras el juzgado incluso no desconoce qué porque no discutió, solamente se refiere a un punto de derecho pero no hace un análisis más de fondo frente a la responsabilidad de cada uno y obviamente como ya lo expuse invoque el precedente de la corte constitucional que demuestra que mi representado si cumplió con su obligación oficiosa que le impone la ley en este sentido, entonces ruego a los honorables magistrados que se sirvan verificar analizar de fondo todos y cada uno de los documentos expuestos que reposan en el expediente la demanda y la contestación, la confesión ficta y todas y cada una de los testimonios recaudados por el juzgado, así como las respuestas dadas por el demandante en el interrogatorio de parte, en los anteriores términos dejo expuesto mi recurso de apelación, yo sé que un poco extenso pero quisiera incluso tener más tiempo para hacer un análisis más detallado del material probatorio, pero pues obviamente la virtualidad y la oralidad no nos permite hacer un análisis más de fondo sobre las equivocaciones del juzgado peor creo que con las que ya dije son suficientes y tengo la certeza que se va a revocar en su integridad la decisión del juzgado 39 laboral del circuito de Bogotá que de manera por más respetuosa me aparto de las consideraciones del despacho en ese sentido, muchas gracias su señoría.”

en el contrato de trabajo solo se estipula que se deben otorgar 15 días de salario para esta prestación, cuando al actor le reconocieron 20 días y en todo caso no se demostró en que periodos el actor no disfrutó completamente de sus vacaciones y en cuales no le fue reconocida la prima en aras de una posible compensación.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de enero del 2010 y el 17 de agosto del 2016, en virtud del cual la actor en calidad de trabajador se desempeñó en el cargo de Presidente de la sociedad, hechos que además de haber sido señalados por la *a quo* sin que fueran objeto de apelación, se corroboran con las documentales de folios 26 a 29 y 84.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así pues, el problema jurídico que corresponde a la Sala solventar, se centra en determinar si el contrato de trabajo que ató a las partes finiquitó por causas imputables al empleador y en esa medida, si hay lugar a imponer a cargo de la pasiva el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., como también la procedencia de la reliquidación de la prima de vacaciones.

En ese orden, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., “*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)*” por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Entratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es al ex trabajador demandante, a quien corresponde acreditar la alegación y existencia de la causa que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva de justa

causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo².

Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7° del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *“con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”*³, ello en armonía con el parágrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*. (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-594 de 1997).

Bajo tal entendido, en la terminación del contrato por despido indirecto le corresponde al trabajador demostrar que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión⁴, pero si este

² Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, diciembre 11 de 1980: *“En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que en el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio”*(Negrilla de la Sala).

³ Sentencia de Casación Laboral, Radicación No. 26521 del 4 de julio de 2006

“(…) Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual al resolver una controversia semejante a la que ahora ocupa su atención, dijo textualmente:

“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.”

“En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7° del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos.”

⁴ Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es indiscutible que a él le corresponde el deber de probarlos, al punto la sentencia SL 417 del 2021 señaló:

“Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272)”

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una causa que justifique la renuncia motivada del demandante, para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual el actor dio terminación al contrato de trabajo (folios 77 a 79), en la cual expresó:

“ (...)

Deseo expresarles que la situación generada con la decisión adoptada por la Junta Directiva de reactivar el pago de las Pensiones Especiales Transitorias - PET - aun en contra de las decisiones judiciales de las acciones de tutela tramitadas por los aviadores, la cual como ya lo he manifestado anteriormente no podría cumplir, me obliga a desvincularme del cargo de Presidente de la Entidad que desempeño desde el 12 de enero de 2012, a partir de la fecha en que la Superintendencia Financiera otorgue la posesión a la persona que la Junta Directiva tenga a bien designar, con el propósito de dar cumplimiento a lo normado en la Circular Básica Jurídica y evitar el entorpecimiento del cumplimiento de las funciones de la administradora.

Resulta muy grato recordar que al finalizar el año 2009, CAXDAC disponía de reservas pensionales por valor de \$ 502.735 millones y al termino de Mayo 31 de 2016 ascienden a \$ 1.141.082 millones, pero además durante todos estos años hemos logrado conservar la posición de líderes en rentabilidad frente a la administradoras privadas de pensiones. Estas realizaciones son producto del esfuerzo de todos y cada una de las personas que estamos vinculados a esta Institución, quienes siempre hemos puesto todo nuestro conocimiento, compromiso y esfuerzo para lograr el fortalecimiento de CAXDAC para beneficio de todos los afiliados, pues ello asegura hacia el futuro el cumplimiento de obligación de honrar el pago de las pensiones.

Le expreso a los señores Directores, mis agradecimientos por la confianza han depositado en la administración durante estos años en los cuales he estado frente de la Caja, periodo en el cual se han alcanzado muchos logros consignados en los informes anuales de actividades, que indudablemente son producto del trabajo coordinado de la Junta, los Comités y la Administración, bajo la acertada dirección, orientación y consejo del Doctor Luis Prieto Ocampo. El con su sapiencia y experiencia constituyó el soporte de decisiones difíciles pero necesarias

para asegurar la consolidación de CAXDAC, tanto en lo financiero como en lo jurídico. Expreso al Dr. Prieto mis agradecimientos y gratitud, por las orientaciones, respaldo y consejos así como por su permanente interés en el desarrollo de las actividades de la Caja.

También considero conveniente destacar, entre otros, los siguientes aspectos:

- A. La consolidación financiera de la entidad al superar hoy las reservas el nivel de \$ 1.2 billones, que garantiza la capacidad para el cumplimiento de las obligaciones pensionales a su cargo,*
- B. El registro de niveles de rentabilidad en la operación de inversión superiores a los obtenidos por las administradoras de fondos de pensiones:*
- C. La atención oportuna de las obligaciones pensionales y de cada uno de los afiliados que manifestaron inquietudes o insatisfacciones, sin que ello signifique la definición favorable de la totalidad de las solicitudes formuladas;*
- D. El compromiso integro de todos y cada uno de los empleados vinculados a la Entidad, cuyo aporte se refleja en los resultados; y*
- E. El manejo austero y prudente del presupuesto de la Institución.*

Debo reiterar a pesar de las diferencias que recientemente se han presentado en el seno de la Junta, que hasta la fecha siempre hemos atendido en todos los aspectos las normas legales y las regulaciones tanto de la entidad supervisora como de la Junta Directiva, sin que la Caja haya sido objeto de sanciones de parte de los organismos del Estado.

La situación de las pensiones especiales transitorias ha recibido tanto de ustedes como de la Administración, permanente atención y análisis encaminados a determinar la forma como superar una situación que a pesar de ser dolorosa no podía comprometer la legalidad de las actuaciones de la Caja, ni la designación específica de los recursos parafiscales a nuestro cargo. Considero que lo propuesto y lo aprobado por la Junta Directiva conjuntamente con la Administración en el año 2.014, corresponde a decisiones prudentes de toda institución seria, objetiva y rigurosa en la observancia de las normas legales.

Estoy seguro que los procesos judiciales que adelantamos nos señalaran los derroteros que debemos acoger, con toda la seguridad jurídica que exige el manejo de recursos públicos, como son los fondos administrados por CAXDAC.

Reitero que mi desvinculación del cargo será electiva en el momento en que la Superintendencia Financiera le otorgue la posesión a la persona que la Junta Directiva designe, en atención a las responsabilidades que se derivan para el suscrito.

Reciban un cordial saludo,

MAURICIO FERNANDEZ F.

Conforme lo anterior, las manifestaciones expuestas por el actor en la carta de renuncia, como motivantes para la terminación del vínculo en síntesis hacen referencia a que su decisión fue una consecuencia de las directrices tomadas por la junta directiva de Caxdac en relación con la reactivación de las pensiones especiales transitorias, las cuales en su sentir iban en contra de decisiones tomadas en acciones de tutela y por ende no podía cumplir, alegando dentro del presente juicio como causal de terminación la contemplada en el numeral 3 del

artículo 62 del C.S.T. esto es *“cualquier acto del patrono o de sus representantes que induzcan al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas”*.

Para clarificar el tema se tiene que CAXDAC en sesión de la Junta Directiva del 25 de julio del 2014, Acta No. 1861 (fls. 371 a 401) decidió suspender el pago de las mesadas pensionales de 33 aviadores, reconocidas bajo el régimen de pensiones especiales transitorias que no cumplieron los requisitos el 31 de julio del 2010 (fls. 372 vto y 373), sin embargo en sesiones del 23 de mayo del 2016 Acta No. 1903 (fls. 581 a 603) y 27 de mayo del 2016 Acta No. 1904 (fls. 689 a 717) se dispuso reactivar el pago de dicha prestación pensional *“con fundamento en la interpretación equivocada del acto legislativo No. 1 de 2005 de la sentencia C-228 de 2011, después de escuchar la sustentación jurídica contenida en los cuatro fallos de distintas salas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la intervención del Dr. Alfonso expresidente del Consejo de Estado”* (fl. 601 y vto).

En este orden de ideas, una vez realizado el análisis íntegro del material probatorio recaudado en autos, desde ya puede la Sala establecer que las razones en las cuales el demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo, no se acreditaron pues no hay evidencia de que CAXDAX indujera al actor a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.

Nótese en primer lugar y en aras de responder la apelación del accionante, la pasiva no alega hechos con los cuales pretenda justificar o discutir la conducta que se le endilga ni mucho menos refuta las razones que llevaron al señor FERNANDEZ FERNANDEZ a tomar la determinación de desvincularse de la entidad, por ende y al tenor de la jurisprudencia en cita, contrario a lo expuesto por el impugnante NO le correspondía a CAXDAX ni tenía el deber de probar los hechos que le fueron endilgados por el accionante como motivantes de su renuncia, sin que pueda entenderse que la manifestación expuesta en la misiva a través de la cual aceptó la renuncia del actor sea una justificante del actuar de éste, en tanto solo se limitó a señalar (fl. 80):

“Respetamos las razones que motivan su retiro LAS CUALES NO COMPARTIMOS; sin embargo, ante esta coyuntura a la Junta Directiva, nos asiste la responsabilidad y el enorme compromiso de seguir trabajando infatigablemente en favor de nuestros aviadores activos y jubilados, manteniendo una política social abierta a nuestros

asociados, respetuosa de sus derechos y principalmente de las garantías legales y constitucionales, así como la viabilidad y sostenibilidad de la caja.”

Por otro lado, argumenta la parte demandante que no se tuvo en cuenta que CAXDAC recibió comunicación suscrita, entre otros por el actor, en la que advertía que la decisión de reactivar las pensiones especiales transitorias podía traer perjuicios a la entidad, comunicación frente a la cual indica no fue controvertida por la demandada.

Sobre el punto, advierte la Sala que en efecto el 27 de mayo de 2016, el demandante señor MAURICIO FERNANDEZ FERNANDEZ en calidad de Presidente junto con EDITH QUINTERO DIAZ (Vicepresidente Financiero) y VERÓNICA ROCHA (vicepresidenta jurídica), radicaron ante la junta directiva de CAXDAC comunicación en la cual manifestaban su “**desacuerdo total**” con la decisión adoptada por dicho órgano el 23 de mayo de 2016, aduciendo que las determinaciones tomadas resultaban contrarias a la ley y a decisiones judiciales, por lo que la administración de CAXDAC estaba impedida para cumplirlas, pues ello acarrearía entre otras, responsabilidad fiscal de la entidad y responsabilidad civil y sanciones administrativas para los firmante como administradores (fls. 67 a 76), sin embargo esta comunicación como fue nombrada por quienes la suscribieron es apenas una **posición** que estos adoptaron frente a las decisiones de la Junta, de la cual no se puede extraer que la empleadora del actor lo estuviese incitando a cometer actos ilícitos, téngase en cuenta que dentro del presente proceso en manera alguna se está discutiendo si las determinaciones de la accionada fueron correctas o no, en punto a la reactivación de mesadas pensionales, pues lo que se busca a través de éste ordinario es establecer si existe alguna causa imputable de la pasiva que haya dado lugar a la terminación del contrato por parte del demandante, por ende el estudio de si se ajusta o no a derecho la decisión de reactivación de mesadas pensionales no es del resorte de este litigio.

Aunado a ello tal escrito no demuestra, como se pretende en el recurso, que la junta directiva fuera la responsable de la renuncia del trabajador, pues el máximo órgano de dirección no tenía obligación de justificarle al señor FERNANDEZ FERNANDEZ sus decisiones (reactivación de mesadas) y menos aún someterlas a su aprobación antes de ejecutarlas.

Por ende aunque el promotor del litigio alegue que la ejecución de dicha determinación podía acarrearle responsabilidades, lo cierto es que ello nunca se materializó pues el actor no fue constreñido al cumplimiento de la reactivación de las citadas mesadas pensionales, y en ese orden pues ninguna responsabilidad podría achacársele, máxime cuando respecto al reconocimiento y pago de las pensiones especiales previstas en el artículo 6 del decreto 1282 de 1994 a los aviadores que cumplieron los requisitos para acceder a la misma con posterioridad al 31 de julio de 2010, existen diferentes interpretaciones tal como fue expresado por la Superintendencia Financiera en Auto No. 004 del 12 de diciembre de 2016 (Fls. 437 a 454) mediante el cual se archivó un proceso sancionatorio en contra de Caxdac iniciado por el reconocimiento de tales pensiones, por lo que resulta claro que le correspondía a la junta directiva determinar la postura que la entidad asumiría frente al tema, y a los empleados que se encargaban de ejecutar esas decisiones, realizarlas efectivamente.

Lo anterior por cuanto conforme a los estatutos de CAXDAC (fls 43 a 66) la junta directiva es **“el máximo organismo de dirección”** (art 25) y tiene dentro de sus atribuciones (art 27), las de elegir al presidente, decidir sobre el ejercicio de acciones jurídicas y autorizar al presidente para establecerlas o transigir sobre ellas, como también de decidir sobre todos aquellos aspectos que no estén expresamente encomendados a otros órganos de la administración. Disponen igualmente los estatutos en su artículo 34, que *“CAXDAC tendrá un Presidente, quien será el representante legal de la entidad en juicio y fuera de él y ejercerá funciones bajo la dirección inmediata de la Junta Directiva, respondiendo ante esta por la marcha y administración de CAXDAC.”* Además el presidente (...) ***ejecutará los acuerdos y resoluciones de la Asamblea General de Afiliados, y de la Junta Directiva, según el caso”...***

De este modo conforme a los estatutos de CAXDAC resulta claro que el demandante estaba subordinado a la junta directiva, órgano cuyas decisiones tenía el deber de acatar, no siendo de recibo entonces que el señor MAURICIO FERNANDEZ pretenda achacar a la entidad su decisión de renunciar, pues no es comprensible que el máximo órgano de dirección este sometido a la discrecionalidad de un trabajador de obedecer o no las órdenes que se le impartan, las cuales se itera ni siquiera se materializaron luego de haberse

tomado, ya que desde el mismo instante que en se consideró la reactivación de las mesadas pensionales al accionante mostró su total inconformidad en realizarlo.

Razones por la cuales puede concluir esta Sala de Decisión la renuncia del demandante se ha de tornar como voluntaria, pues sus motivaciones correspondieron a factores de orden subjetivo y a su desacuerdo en la interpretación que tuvo su empleadora frente a diversos criterios jurídicos en torno al tema de la pensiones especiales transitorias de los aviadores, circunstancia que como que ya se advirtió, dio lugar a diversas posiciones tanto de jueces constitucionales, como ordinarios y de diferentes autoridades administrativas, que en manera alguna pueden considerarse como actos ilegales o ilícitos, pues de ello no hay prueba en el plenario.

Ahora bien y en lo que tiene que ver con la confesión ficta configurada en contra de la entidad demandada ante su inasistencia a la diligencia de interrogatorio de parte, tal como consta en el acta de la audiencia de 12 de diciembre del 2019 (fls. 834 a 836), ha de recordarse por la Sala que esta presunción, como toda presunción legal, puede resultar desvirtuada con las demás pruebas que obren en el expediente, recordándose la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que tal elemento de juicio no es definitivo y puede ser desvirtuado a partir del análisis de otros medios de convicción, en ejercicio de las facultades de libertad probatoria que orientan el actuar del juez del trabajo, por ejemplo en SL6849-2016, se precisó:

“No necesariamente la consecuencia adversa que ha de sufrir la parte incumplida en la audiencia de conciliación, esto es sufrir los efectos de la confesión ficta, ha de determinar la convicción del juzgador sobre los hechos objeto del litigio, puesto que es bien sabido que el juzgador de instancia, de acuerdo con el artículo 61 del CPT, puede formar libremente su convencimiento de la verdad real “inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes”.

La confesión ficta prevista en el artículo 77 del CPT es una presunción legal que admite prueba en contrario; por tanto, si, en el sub lite, el ad quem tomó la decisión fundado en otras pruebas como la testimonial, los interrogatorios de parte y las documentales, sin hacer alusión expresa a la confesión ficta en comento, bien se puede entender que le dio más peso a aquellas pruebas para efectos de establecer las premisas fácticas, lo cual es perfectamente legítimo en arreglo al precitado artículo 61 del CPT.”

Situación que es la que precisamente se ha de predicar en este caso, pues conforme lo reseñado una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se pudo establecer que la renuncia presentada por el accionante fue de orden personal sin acreditar que su decisión derivó de la coerción para el cumplimiento de un acto ilícito, precisando ello tampoco se puede extraer de la testimonial recaudada en autos (Verónica Rocha Corredor⁵, Julieta Rocha Amaya⁶ y Edith Quintero Díaz⁷), pues estas tan solo expusieron las razones por las cuales consideraban no debía reactivarse las mesadas pensionales del régimen de pensiones especiales transitorias, sin que de tales dichos se derive el acto ilícito que imputa el accionante a CAXDAC como causante de su desvinculación.

Ahora, tampoco resulta razonable la invocación como una justa causa de terminación del contrato atribuible al empleador, el ejercicio de su poder subordinante y en virtud del cual tras la decisión tomada de reactivación de mesadas pensionales, el demandante como presidente de la entidad era quien debía proceder a su cumplimiento, lo que en autos, en manera alguna puede ser constitutivo de causal de terminación y más cuando se repite ni tan siquiera se llevó a cabo, por lo que no hay elementos que permitan inferir que se trató de una persecución laboral con el fin de materializar la decisión de la Junta Directiva, mucho menos se advierte prueba de inducirlo a efectuar actos contrarios a sus convicciones políticas ni religiosas, situaciones que ni tan siquiera fueron expuestas en su recurso de apelación.

Por lo expuesto, a juicio de esta Sala de decisión resulta acertada la decisión de la *a quo*, en cuanto señaló que no se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, lo que conlleva a que se entienda que la decisión del demandante de finalizar el vínculo laboral que lo ataba a la encartada, fue libre y voluntaria, tal y como se indicó desde el inicio de esta providencia.

⁵ Cd fl. 676, record: 53:09

⁶ Cd fl. 676, record: 2:38:05

⁷ Cd fl. 676, record: 4:26:23

Finalmente en lo que tiene que ver con la liquidación de la prima de vacaciones la cual asegura debió ser por 28 días y no por 20, baste con señalar no existe en el plenario medio de convicción que acredite que la liquidación se debe realizar en los términos expuestos por el apelante. Nótese, como desde la creación de dicha prima por la Junta Directiva de Caxdac plasmada en Acta No. 1731 del 28 de noviembre del 2008 (fl.185), se estableció que la misma sería equivalente a 15 días de salario por cada quince días de vacaciones o por fracción de las que se disfrute, estipulación que también se plasmó en el contrato de trabajo suscrito por las partes aquí en contienda en su cláusula octava cuando se dijo: *“La PRIMA DE VACACIONES será el equivalente a QUINCE (15) DÍAS DE SALARIO INTEGRAL que éste percibiendo el trabajador al momento de disfrutar vacaciones, teniendo en cuenta que por día efectivo de descanso se genera un día de prima, sin pasar en todo caso de 15 días”* (fl. 28).

Situación que incluso reitero la testigo EDITH QUINTERO DÍAZ⁸ en su declaración quien fungió como Vicepresidente Financiero, cuando expresó que la prima de vacaciones correspondía únicamente a 15 días de salario por día efectivo descansado, aclarando que únicamente se cancelaba al momento del retiro del trabajador si su despido fue sin justa causa o si para dicho momento no había disfrutado sus vacaciones por causa imputable al empleador, por lo que tampoco de allí se puede extraer la liquidación de 28 días extrañada por el accionante. Y en cuanto al hecho de no haberse valorado el desprendible de nómina del 20 de abril del 2015 (fl. 85), se tiene que en este ni tan siquiera se discriminan los días por los cuales se hizo la liquidación de la prima de vacaciones y en todo caso para los efectos del presente asunto no podría la Sala aplicar la misma fórmula tomada en esa anualidad (2015) cuando se solicita la prima de vacaciones del año 2016, pues se desconoce incluso cual fue el periodo de vacaciones disfrutado por el actor y si quizás dejó de disfrutar algún día de descanso que lo hiciera acreedor del pago de tal acreencia por 28 días y no por 15 días como se encuentra reglamentado, precisándose la accionada incluso reconoció 5 días demás de vacaciones liquidándola por 20, razones por las cuales no puede hallar prosperidad el anhelo del actor en este punto, confirmándose la decisión de la *a quo*.

⁸ Cd fl. 676, record: 4:26:23

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

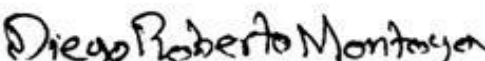
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

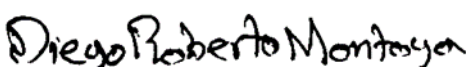
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIETA SAAVEDRA
GUIZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 39 2018 00682
01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CALF & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (folio 237).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN (folios 224 a 228, 229 a 230, 231 a 233 y 239 a 244), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PORVENIR,

PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 14 de enero de los corrientes (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 216, récord 1:05:15, acta de audiencia folios 217 a 219), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora MARIETA SAAVEDRA GUIZA del Régimen de Prima media al Régimen de Ahorro Individual a través de PORVENIR con efectividad a partir del 01 de agosto de 1998 es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno por lo que deberá entenderse que la demandante jamás se separó del Régimen de Prima media, situación que también deberá entenderse sobre la afiliación que se hizo al ING hoy Protección con efectividad a partir del 01 de diciembre del 2004.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración sin que se le sea dable dar descuento alguno por dineros que haya pagado por conceptos de seguros de pensión o de invalidez, sobreviviente o cualquier otro concepto todo con destino al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera a COLPENSIONES quien administra el régimen de prima media, los gastos de administración que recibió durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante esto es desde el 21 de agosto de 1998 hasta el 30 de noviembre del 2004, se aclara que estos gastos de administración y las condenas del numeral segundo y tercero deben ser indexadas al momento del pago

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir los dineros que tratan el numeral anterior y reactive la afiliación de la actora al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a los fondos demandados esto es a PORVENIR y PROTECCIÓN dentro de los cuales se deberán incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000 pesos.

SÉPTIMO: INFÓRMESELE a COLPENSIONES que tiene las acciones judiciales respectivas en aras de obtener los perjuicios que eventualmente se le puedan causar por esta decisión en contra de PORVENIR y PROTECCIÓN.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión al superior por resultar adversa a Colpensiones.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, PORVENIR no comparte la decisión de la juez de primer grado de ordenarle la devolución de los gastos de administración por el interregno que duró la afiliación por cuanto contrario a lo advertido por la juzgadora, estima, dicha condena no tiene asidero jurídico alguno pues aunque en la sentencia se refiere a un comportamiento inadecuado de esta entidad, por las mermas sufridas en el capital, en el asunto no se demostró la presencia de dolo el cual tampoco puede presumirse, y en esa medida, considera, se están dando presunciones a partir de negaciones indefinidas sin tener en cuenta por ejemplo “actos de relacionamiento” a los que la Corte Suprema de Justicia también se ha referido.

Asevera, no es cierto que existió una merma en el capital porque los gastos de administración deben descontarse por virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el RAIS y no representan una disminución del valor acumulado en la cuenta y destinado para la pensión porque no hace parte del capital.

Refiere, no se invocó fundamento jurídico alguno, solo jurisprudencial, precisando, el artículo 996 del C.C. se refiere a las restituciones en los procesos reivindicatorios y no a los de nulidad, y le resulta ilógico que se obligue a restituir los ejercicios financieros indexados, cuando los primeros no perdieron valor adquisitivo porque se trasladaron en su momento¹ (Audiencia virtual de trámite y

¹ “Muchas gracias señora juez siendo esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir por el despacho no sin antes manifestar el respeto que se tiene por las decisiones del despacho y por el despacho propiamente.

En ese orden de ideas sea lo primero establecerse señores magistrados que el recurso se fundamenta en el siguiente reparo en concreto: No se comparte la decisión del despacho de condenar a mí representada Porvenir a trasladar los gastos de administración toda vez que estos gastos de administración o esta condena no tiene ninguna presentación y no tiene ningún asidero jurídico pues en la parte motiva de la sentencia se asegura que la condena se da en razón del comportamiento inadecuado de mi representada y de las mermas sufridas en el capital, en ese orden de ideas es importante resaltar señores magistrados que sobre el comportamiento inadecuado aquí nada se provee un comportamiento inadecuado por parte de mi representada pues el dolo no se logró probar y pese a todo ello el dolo no se presume en estos elementos y por tanto es el tal comportamiento como sanción se está dando a través de unas presunciones que son unas negaciones indefinidas que se usan como base para determinar las decisiones de estos elementos sin tener en cuenta por ejemplo actos de relacionamiento, ni cosas por el estilo que la corte suprema de justicia también ha establecido.

Es importante resaltar que se asegura que hay una merma del capital con esta situación y por esto los gastos de administración se tienen que hacer entonces esto denota un desconocimiento sobre la figura de los gastos de administración pues el artículo 20 de la ley 100 establece que tanto en el RAIS como en el RPM los gastos de administración se les son descontados por tanto no son destinados a los dineros para la pensión y por tanto no es cierto que el capital destinado para la pensión que es el mismo capital que se tendría que trasladar en un traslado administrativo no jurídico- administrativo como este ese capital no hace parte del dinero de la hoy demandante y por tanto no es cierto que no existe una desmejora al capital.

juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 216, récord 1:07:41, acta de audiencia folios 217 a 219).

Por su parte la apoderada de PROTECCIÓN igualmente centra su inconformidad únicamente frente a la orden de devolver los gastos de administración pues por disposición legal el 3% del IBC de los afiliados al sistema general de pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, este último, advierte, es cancelado mes a mes a una aseguradora con el fin de cubrir la suma requerida para asumir los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Bajo tal entendido, razona, solo resulta procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos generados precisamente por la buena gestión de esa AFP, sin lugar a devolver las comisiones causadas durante la administración de los dineros de la demandante y menos aún el valor del seguro previsional pues el mismo ya no está en manos de esa sociedad sino de un tercero de buena fe que ninguna relación tuvo en el acto de afiliación y traslado. Estima, de hacerlo, se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Aduce, si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado, referente a las restituciones mutuas, la actora estaría obligada a devolver los rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual y la administradora a reintegrar la cuota de administración² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento,

Ahora es importante resaltar que el fundamento jurídico de por cierto solo hay fundamento jurisprudencial, el fundamento normativo de esta condena y sobre este capital solo está en el 996 del Código Civil y en ese orden de ideas el artículo 996 habla de las restituciones o los procesos reivindicatorios no habla de los procesos de nulidades y por tanto no guarda ningún sentido que se declare que existió sin solución de continuidad y se le obligue a mi representada a trasladar los gastos de administración pero pese a esta ficción jurídica que se crea que dé nunca estuvo en el RAIS no se le obliga a la hoy demandante a restituir los ejercicios financieros, además de esto estas condenas de gastos de administración que no hacen parte del capital destinado a los dineros de pensión en el RPM ni en el RAIS se ordenan que se indexen lo cual se está omitiendo el elemento de la indexación que es la pérdida del valor adquisitivo de la moneda el cual se logra surtir con los ejercicios financieros que se trasladaron en su momento y este factor de inflación pues se ve completamente establecido en estos elementos por tanto la decisión de estos gastos de administración no es una decisión jurídica sino es una decisión salomónica con el fin de conservar el RPM pues estos dineros estarán exclusivamente destinados a Colpensiones y no a los capitales de las pensiones de la hoy demandante, en ese orden de ideas señores magistrados solicito que se revoque de manera parcial la condena establecida en contra de mi representada, es decir que se revoque la condena de los traslados de los gastos de administración, muchas gracias señora juez.”

² “Gracias señora juez me permito presentar recurso de apelación de manera parcial frente al fallo proferido en lo que versa sobre la devolución de los gastos de administración de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993 tanto como en el RPM como en el RAIS el 3% del IBC de los afiliados al sistema general de pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, este último se le paga mes a mes a una aseguradora para que en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o de sobrevivencia.

art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 216, récord 1:11:21, acta de audiencia folios 217 a 219).

A su turno COLPENSIONES advierte, la demandante está incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para efectuar el traslado de régimen, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión.

Con relación a la carga de la prueba, asegura, en el plenario no hay elementos que permitan concluir la existencia de algún vicio del consentimiento, no siendo competente el fondo de pensiones para demostrar el cumplimiento del deber, conforme el artículo 167 del C.G.P.

Frente al deber de información, precisa, el mismo solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que la AFP solo cuenta con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre e informado del afiliado respecto de su traslado el cual correspondía al único presupuesto exigido por las disposiciones vigentes.

Ahora bien en este caso que se declaró la ineficacia de la afiliada al RAIS y se condenó a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de Protección, pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante y descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Tampoco se puede condenar a mi representada a devolver el valor del seguro previsional toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual descontó dicho seguro y se le pago a una aseguradora para que en caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia esta pagara una suma adicional que financiara las pensiones por dichos conceptos, así mismo el seguro previsional ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y mi representada ya está imposibilitada para recobrárselo y devolvérselo a Colpensiones toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito del afiliado y protección.

Así las cosas se pueden hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la seguridad social toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa que uno u otro hubieren dado o recibido se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta última a la comisión de administración al afiliado toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado tampoco debieron haber existido rendimientos.

Finalmente es menester poner de presente que en este caso que se ordena a protección a devolver a Colpensiones los aportes de la demandante los rendimientos girados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, gracias su señoría.”

Además, indica, aunque es cierto que el fondo de pensiones debió informar de manera suficiente a la actora, ello no la exoneraba de cumplir sus obligaciones y conocer la ley.

De otro lado, asevera, debe tenerse en cuenta que “*la declaración injustificada de ineficacia del traslado del RPM al RAIS*” afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de otros afiliados.

Alude, no hay evidencia en el presente asunto no se demostró el perjuicio ocasionado a la demandante.

Finalmente, de no acogerse los argumentos expuestos y se confirme la providencia apelada, pide se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES a que la AFP efectúe la devolución de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, *debidamente indexados* y no se impongan costas a su cargo³. (Audiencia virtual de trámite y

³ “Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación frente a la presente decisión en primer sentido teniendo en cuenta que sobre la demandante recae la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 del 2003 la cual modifico el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en el cual se manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Respecto a la carga de la prueba en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio en el consentimiento entendido este como el deber de información, por lo cual al fondo de pensiones no es al que le compete la carga de la prueba por lo cual existe la errónea interpretación de la ley del artículo 1604 del Código civil por lo cual ruego se aplique el artículo 167 del CGP y en consecuencia se declare que dentro del presente proceso no existe prueba con la cual acreditar algún vicio.

Respecto al deber de información el precedente de la Corte Suprema utiliza como norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializó a través de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del año 2015 por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre y voluntario sin presiones e informado y el asentimiento del afiliado respecto del traslado por lo cuanto a las leyes que surgieron dentro del año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS siendo el caso de la actora el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en el año 1998. Si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora esto no la exoneraba del deber de cumplir suficientemente ilustrada la escogencia de su régimen pensional del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez como tampoco la sustraía de la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuvieran menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia en la medida que su elección dependerían las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez lo que convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.

Igualmente ruego tener en cuenta la declaración injustificada de ineficacia del traslado del RPM al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho de la seguridad social de los demás afiliados pues no se podría permitir la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando le faltan ya menos de diez años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario exigiendo una pensión cuyo pago desfinancia al sistema.

juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 216, récord 1:14:01, acta de audiencia folios 217 a 219).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIETA SAAVEDRA GUIZA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación la demanda (folios 88 y 89) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 89 a 93), aspirando se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a la inadecuada asesoría e inducción en error, por el asesor comercial de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PORVENIR S.A., así como de la afiliación realizada de este a PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a entregar los bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en su cuenta de ahorro individual, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y servicios financieros, a COLPENSIONES y se ordene a esta última recibir los valores de su cuenta de ahorro individual y registrar su afiliación en el régimen de prima media sin solución de continuidad. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a HORIZONTE**

Respecto del perjuicio ocasionado como se evidencia en el presente caso no obra ni acápite de pruebas en el libelo demandatorio prueba alguna o comparativa entre los dos regímenes al mismo no reportaron simulaciones pensionales que si bien no permiten establecer el costo de la pensión en el RPM, tampoco logra establecer si existe un perjuicio con la demandante en su mesada pensional de uno u otro régimen.

Caso de no acogerse los aspectos expuestos por mi representada y consecuencia la sala confirme la providencia objeto de alzada sin que en ninguna manera se entiendan reconocidas las pretensiones, solicito sin que condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones por el previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en las cuentas de ahorro individual de la AFP como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y las que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo que permaneció afiliado el fondo privado como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en las respectivas bases de datos.

En igual sentido solicito a la honorable sala no condenar en costas a mi representada toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero el cual se le causa un daño injustificado por el contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones, en ese sentido dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias."

PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR y el siguiente realizado a PROTECCIÓN, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver a COLPENSIONES los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de esta junto con sus rendimientos y comisiones por administración, sin lugar a descontar suma alguna por seguros de invalidez o sobrevivencia o cualquier otro concepto. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR (antes HORIZONTE) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 1 de julio de 1964 (folio 15), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 8 de marzo de 2018 (folio 43) y a PROTECCIÓN el 1 de junio de 2017 (folio 36) esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión -tenía 53 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 168 semanas laboradas al sector público (certificación de tiempos de servicios

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁵ Era trabajadora del sector público territorial, laboraba en la Industria licorera de Boyacá (folio 44)

folio 44), que corresponden a 3,22 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de agosto de 1998** (folios 137 y 174) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESNTÍAS (ahora PORVENIR S.A.) y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, debe advertirse para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la carga pensional se encontraba a cargo del CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOYACÁ, dado que el empleador de la actora para esa época era la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACA (folio 44). Sin embargo y aunque según el reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por COLPENSIONES (CD folio 216- expediente administrativo), la actora no realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, ello no significa que no se encontrara vinculada al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR), se haya producido un traslado de régimen.

Lo anterior, en razón a que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, existen formas diferentes de ingresar al sistema general de pensiones: I) la afiliación y II) la incorporación colectiva, que ocurrió por ejemplo en el caso de los servidores públicos activos quienes, con algunas salvedades estipuladas en la Ley, quedaron automáticamente incorporados en virtud del artículo 1° del Decreto 691 de 1994⁶, con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.⁷

⁶ Art. 1°.- Incorporación de servidores públicos. Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

a) Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas;

b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el

Con relación a la incorporación automática de los servidores públicos al régimen de prima media, se refirió la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“(…) Por tanto, a partir de la citada fecha (entrada en vigencia de la ley 100 para los servidores públicos), debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida, sin perjuicio del respeto de «los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de [la Ley 100 de 1993] hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general», según el artículo 11 de la citada Ley.”⁸

En consonancia con lo anterior, no queda duda que dada su calidad de servidora pública activa, una vez entró a regir la Ley 100 de 1993, dada la ausencia de selección individual de régimen, la actora se entendió incorporada automáticamente al régimen de prima media con prestación definida, por ello, con su afiliación a HORIZONTE el 20 de agosto de 1998 (folio 137) -administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- se concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

Aclarado ello, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y

artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

⁷ Así lo adocrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación 48031 de 31 de enero de 2012. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS. En esa oportunidad dijo esa Corporación: “(…) aunque en ese momento ellos estaban facultados para hacer una manifestación de voluntad en el sentido de seleccionar el régimen bien el de prima media o el de ahorro individual, y la administradora de pensiones, el hecho de que en ese entonces no lo hubieran hecho en forma individual, no significaba que quedaran por fuera del sistema, pues se itera, su incorporación al mismo se produjo por disposición legal con efectos en las fechas límites establecidas para cada caso, o cuando se produjera el acto administrativo de la respectiva autoridad pública como lo previó el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100”.

⁸ Sentencia SL2817 de 2019.

voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁹, en los términos del artículo 1746 del

⁹ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado,

tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE).

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁰, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

¹⁰ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de

quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante¹¹ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el fondo privado se acabaría, el fondo generaba mayores rendimientos y podría pensionarse a los 55 años.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.) (folio 137), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa que reposa a folios 210 y 211 del expediente, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supele el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

¹¹ Cd folio 216, récord 12:08

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (20 de agosto de 1998, folio 137), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (folio 160 y 174), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹².

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 166 a 172) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y cuotas dirigidos al pago de los seguros de invalidez y sobrevivientes, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Valga apuntar, en el caso particular de la demandante, ante la ineficacia de la afiliación al RAIS, debe entenderse que ésta siempre estuvo sujeta al régimen de prima media, pues, como se indicó en precedencia, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, todo el régimen previsional quedó derogado y/o incorporado al último, contexto en el cual, ante la cesación de

¹² “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...).”

la obligación pensional de la ex empleadora pública, en los términos del inciso 4° del artículo 4° del Decreto 692 de 1994, «*quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales*».¹³

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración y las cuotas dirigidas a cubrir los seguros de invalidez y sobrevivientes, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento

¹³ En estos mismos términos concluyó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2817 de 2019.

en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en la que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.***

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁴ (folio 125), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de PROTECCIÓN, baste con indicar, que la acción de “*recibir*”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue para ser recibido, siendo claro que solo a partir del recibo de lo que traslade la AFP podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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,

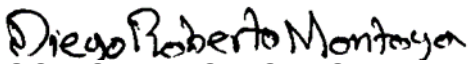
RESUELVE

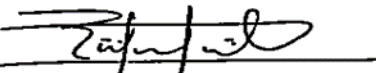
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹⁴ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 3 de diciembre de 2020 (CD folio 216)

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

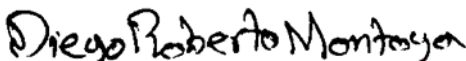
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA INES TORRES
DE HERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 39 2019 00365 01).**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder de sustitución otorgado por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico el 1° de marzo de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de

Bogotá D.C., el 19 de noviembre del 2020 (Audiencia virtual, record 39:33), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora CLARA INÉS TORRES DE HERNÁNDEZ es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, reconocida a la luz del parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la cual debe ser pagada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a pagar a la señora CLARA INÉS TORRES DE HERNÁNDEZ de forma vitalicia, las mesadas correspondientes a la pensión de sobrevivientes a partir del 31 de mayo de 2016, por haber prosperado parcialmente la prescripción, en cuantía de \$622.659,56, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, prestación a la que se deberá aplicar los respectivos ajustes anuales, conforme a lo dicho en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante el retroactivo de las mesadas pensionales causado desde el 31 de mayo de 2016 por haber prosperado la prescripción parcial y hasta la fecha en que se incluya en nómina el presente reconocimiento pensional, retroactivo que al 30 de octubre de 2020, asciende a \$42.414.009,52.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas reconocidas en el numeral segundo de esta providencia, contados desde las mesadas causadas del 31 de mayo de 2016 y hasta que se verifique el pago.

QUINTO: DECLARAR PROBADA la excepción de Compensación y como tal ordenar el descuento del momento del pago de lo adeudado por Colpensiones autorizar el descuento de la suma de \$12.565.569 los cuales fueron pagados por indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, así mismo se declara probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Dentro de las cuales se deberá Incluir como agencias en derecho la suma de \$1.700.000.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a Colpensiones”.

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES recurrió la decisión solicitando se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a su representada de todas y de cada una de las pretensiones, como quiera que el causante el señor Luis Felipe Hernández no cumplió con la totalidad de todos los requisitos necesarios para ser beneficiario o para adquirir el derecho de la pensión en vida y tampoco es procedente acceder al pedimento de la demandante del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pues no cumplió con los requisitos de la ley 797 del 2003 en sus artículos 12 y 13 como quiera que el de cujus al momento de fallecer no cumplía con la edad requerida para ese reconocimiento ya que los 60 años los cumplía solo hasta el año 2010 y el fallecimiento se dio en el año 2007.

Igualmente solicita se revise el valor de la mesada reconocida y la liquidación efectuada del retroactivo, como los intereses moratorios desde el 31 de mayo de 2016 toda vez que al ser improcedente el reconocimiento pensional, también es improcedente el reconocimiento de estos por haber actuado Colpensiones conforme a los supuestos facticos y jurídicos aplicables al caso en controversia, advirtiendo en todo caso los mismos no se acreditan pues solo resultan procedentes en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales lo cual no ocurrió en el caso de autos (Audiencia virtual, record 42:20¹)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CLARA INES TORRES DE HERNANDEZ las pretensiones relacionadas en la demanda a folios 16 a 19 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 19 a 22 del mismo archivo, aspirando de manera principal se

¹ “Muchas gracias siendo la oportunidad pertinente presento ante el despacho recurso de apelación contra la sentencia emitida por el mismo el día de hoy con el fin de que sea conocido por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral rogándole a los señores magistrados se revoque la decisión emitida el día de hoy y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y de cada una de las pretensiones, como quiera que el causante el señor Luis Felipe Hernández no cumplió con la totalidad de todos los requisitos necesarios para ser beneficiario o para adquirir el derecho de la pensión en vida y tampoco es procedente acceder al pedimento de la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes toda vez que el demandante no cumplió con los requisitos escrito en la ley 797 del 2003 en sus artículos 12 y 13 como quiera que el demandante al momento de fallecer no cumplía con la edad requerida para ese reconocimiento por tanto toda vez que los 60 años los cumplía solo hasta el año 2010 y el fallecimiento se dio en el año 2007, por tanto resulta improcedente acceder al reconocimiento pensional y sin gracia de discusión estudiáramos las condición más beneficiosa la misma solo es aplicable si se cumplen los requisitos descritos en la ley inmediatamente anterior que para el caso del fallecimiento como ya se ha visto y como se evidencio a lo largo del proceso es la ley 797 de 2003 la cual modificó la ley 100 de 1993 por tanto la norma aplicable inmediatamente anterior seria la ley 100 de 1993 que para el caso tampoco cumpliría con la totalidad de los requisitos descritos en tal normatividad y en consecuencia es improcedente acceder a los pedimentos de reconocimiento pensional ya que no se cumplen la totalidad de los requisitos que son semana y edad requerida para el reconocimiento de la pensión ya que el demandante no cuenta con el número de semanas mínimo requerido para su reconocimiento pensional y por tanto es improcedente acceder a tal pedimento, por tanto ruego a los honorables magistrados que se tenga en cuenta que el demandante no cumplió con la totalidad de los requisitos y por lo tanto es menester efectuar un estudio en su totalidad a las condenas impuestas y al reconocimiento pensional descrito por el (SIC) esto es decir el estudio del reconocimiento de las mesadas por valor de \$622.616 desde el 31 de mayo del 2016, la liquidación efectuada por el retroactivo por valor de \$42.414.009,52 y el reconocimiento de intereses moratorios desde el 31 de mayo de 2016 toda vez que al ser improcedente el reconocimiento pensional, también es improcedente el reconocimiento de intereses moratorios ya que mi representada ha actuado conforme a los supuestos facticos y jurídicos aplicables al caso en controversia y por tanto resulta improcedente acceder al pedimento de intereses moratorios ya que conforme lo expone el artículo 141 de la ley 100 de 1993 (SIC) parcialmente cuando se haya incurrido en mora en el pago de las mesadas pensionales lo cual en este caso no ocurre porque no es posible reconocimiento en virtud del decreto 758 de 1990 ya que el demandante no cumplía con los requisitos para tal reconocimiento por tanto ruego a los Honorables magistrados se revoque la decisión emitida el día de hoy y en lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas, muchas gracias.”

declare que el señor LUIS FELIPE HERNANDEZ CARDENAS tiene derecho de forma post mortem al reconocimiento, pago y liquidación de la pensión de vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 040 de 1990 a partir del 20 de abril del 2007 (fecha de su fallecimiento), en consecuencia se condene a Colpensiones a sustituirle en su calidad de cónyuge supérstite la pensión de vejez que a éste le hubiera correspondido, junto con los intereses moratorio, las mesadas debidamente indexadas, costas del proceso y agencias en derecho. En subsidio solicita se reconozca la pensión de sobrevivientes conforme lo ordena el parágrafo 1° del Artículo 12 de la Ley 797 del 2003 o en su defecto se aplique el principio de la condición más beneficiosa y se reconozca la pensión de sobrevivientes en virtud de los artículos 25 y 6 del Acuerdo 049 de 1990. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones en donde se accedió al reconocimiento pensional en aplicación del parágrafo 1° del Artículo 12 de la Ley 797 del 2003, disponiendo el pago de las mesadas pensionales a partir del 31 de mayo del 2016, en monto equivalente a \$622.659,56 por haber prosperado parcialmente la excepción de prescripción, junto con las mesadas adicionales y los aumentos de ley; todo lo anterior tras considerar que el afiliado fallecido cumplió con las semanas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990 y la demandante acreditó en debida forma la calidad de beneficiaria, ordenando pagar los intereses moratorios y declarando probada la excepción de compensación ordenando el descuento por parte de la accionada de \$12.565.569 pagados por concepto de indemnización sustitutiva.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, respecto a la normatividad que ha de trazar los derroteros para determinar cuál es el titular o titulares de la pensión solicitada, y cual la proporción que se ha de tener en ella, ha expresado la Corte Suprema de Justicia que por regla general la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado determina la norma que regulará la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes², razón por la cual, en principio, la normatividad aplicable sería la vigente al momento del fallecimiento del señor LUIS FELIPE HERNANDEZ CARDENAS, ocurrido el **20 de abril del 2007** conforme se indica en

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 24421 del 25 de mayo de 2005.

el registro civil de defunción visible a folio 47 del expediente digitalizado, esto es, en vigencia de la Ley 797 de 2003, la cual en efecto, señala en su artículo 12 que el afiliado debió cotizar 50 semanas en el trienio anterior al fallecimiento 20/04/04 a 20/04/07, lo cual no ocurre al menos en este asunto, pues como se definió desde la primera instancia el de cujus solo cotizó 8 semanas (ver historia laboral expediente administrativo obrante en el expediente digital).

No obstante, se evidencia que la pretensión subsidiaria de la parte actora se sustenta en el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo 1º del referido Artículo 12 de la Ley 797, el cual a la letra dice:

“Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima (sic) en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustituta de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.”

Respecto de esta disposición se ha pronunciado en diversas ocasiones la Sala de Casación Laboral de la CSJ, señalando por ejemplo en sentencia del 1º de febrero de 2011, radicación 44863:

“Para la Corte el régimen de prima al que allí se alude, que debe entenderse es el de prima media con prestación definida, es el establecido en el Título II de la Ley 100 de 1993 y no el que antes de la promulgación de esa ley era administrado por el Instituto de Seguros Sociales y regulado, principalmente, por el Acuerdo 049 de 1990. Ello indica, entonces, que dicho régimen de prima media con prestación definida se gobierna, en principio, por las normas de ese título, salvo las excepciones que surjan de la Ley 100 de 1993, que permitan la aplicación de la normatividad anterior.

Así lo explicó la Sala en la sentencia del 20 de abril del presente año, radicación 38003 en los siguientes términos:

(...)

‘La finalidad que buscó el legislador con esa previsión según aparece en los respectivos antecedentes de la Ley 797 de 2003, fue mantener la prerrogativa de la pensión de sobrevivientes de manera permanente a los beneficiarios del afiliado que hubiere reunido una alta densidad de cotizaciones que le hubiera permitido acceder al pensión de vejez en el régimen de prima media; esto es, sin la exigencia para estos casos de la obligación de permanencia de las cotizaciones en los últimos años anteriores a la muerte’.

Pero esa remisión a la densidad de cotizaciones exigida en el régimen de prima media debe ser entendida dentro del ámbito de la propia Ley 100 de 1993, y no una

invocación de normas que con anterioridad regulaban dicho régimen en los reglamentos del Instituto de Seguro Social derogadas de tiempo atrás, con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones'

De la sentencia arriba citada se desprende que para la Sala la remisión que al régimen de prima media se hace en el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 corresponde al establecido y regulado por la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, con el fin de precisar su discernimiento sobre el particular y para que exista claridad respecto de su actual entendimiento acerca de los requisitos que deben cumplirse para que se cause la pensión del parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, debe ahora aclararse que el criterio expuesto en la memorada sentencia, no significa que las normas de los reglamentos del seguro de invalidez, vejez y muerte que tenían vigencia antes de la Ley 100 de 1993, vale decir el Acuerdo 049 de 1990, no formen parte del régimen de prima media con prestación definida, como tampoco que, para efectos de establecer el derecho a la pensión de sobrevivientes de que trata el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, no se pueda acudir a esas normas, en ningún caso.

(...)

Así las cosas, conforme se anotó con antelación, debe entenderse que la alusión efectuada al número mínimo de semanas de que trata el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 es el fijado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras, por la propia Ley 797 de 2003.

Sin embargo, ello será así siempre y cuando que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, en tal caso, y en tratándose de un afiliado al Seguro Social, por razón de los beneficios de ese régimen se le debe aplicar, en materia de densidad de cotizaciones, el régimen al cual se encontrara afiliado para el 1 de abril de 1994, que lo es el Acuerdo 049 de 1990, en particular su artículo 12, por así disponerlo el señalado artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente y frente a un asunto de idénticas características al presente dijo en sentencia SL026-2021 Radicación N° 62144 del 19 de enero del 2021:

“De otra parte, también se ha aceptado por la jurisprudencia laboral a la luz del citado parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que quienes fallecieron siendo beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se revise su caso bajo las previsiones del literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, tal como lo ha fijado esta Corporación en providencia CSJ SL7358-2014, la cual se reiteró en la CSJ SL19900-2017 y la CSJ SL149-2018, en donde se dijo:

Es cierto que de conformidad con ese precepto es posible acceder a la pensión de sobrevivientes en otra hipótesis, y es cuando el causante hubiere cumplido el número mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para la prestación por vejez, y que en el caso de las personas en régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cobijadas por los reglamentos del Instituto, es el número mínimo de cotizaciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, que forman parte del régimen de prima media con prestación definida.

Lo anterior significa que si la muerte de un afiliado se produjo en vigencia de la Ley 797 de 2003, y éste es beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como quedó establecido en el presente caso, le es posible a sus

beneficiarios alcanzar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en virtud del parágrafo 1° del artículo 12 de la citada Ley 797, siempre y cuando el causante hubiere cumplido el número mínimo de semanas exigido en el Acuerdo 049 de 1990 para alcanzar la pensión de vejez.”

Aplicadas las anteriores consideraciones al caso se marras, se tiene que el señor LUIS FELIPE HERNANDEZ CARDENAS, era beneficiario del régimen de transición instituido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, concretamente 44 años (fl. 37 expediente digital).

En cuanto al régimen anterior, se observa que el de cujus durante su vida laboral efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 10 de abril de 1972 y hasta el 31 de diciembre del 2004 fecha que se consigna en el reporte de semanas cotizadas incorporado por Colpensiones y actualizado al 5 de junio del 2017 (expediente administrativo), por manera que, **el régimen anterior aplicable a su situación pensional lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, antes del 31 de julio de 2010.

Para el efecto, se observa que si bien el fallecido no alcanzó los 60 años de edad pues falleció el 20 de abril del 2007 cuando tenía 57 años de edad, lo cierto es que reunió un total de **1041,86 semanas** (ver historia laboral expediente administrativo), esto es, más del tiempo mínimo exigido por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que resulta jurídicamente viable que se reconozca la pensión especial de sobrevivientes consagrada en el parágrafo 1° de la Ley 797 de 2003, precisando a la apelante dicha norma no condiciona el reconocimiento al cumplimiento de la edad, pues lo único exigido es que el afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en tiempo anterior a su fallecimiento, como ocurrió en autos.

Ahora, respecto de la calidad de cónyuge de la señora CLARA INES TORRES, ésta se acredita con el Acta de Matrimonio visible a folio 46 del expediente digitalizado, donde se señala que contrajo nupcias con Luis Felipe Hernández Cárdenas (q.e.p.d.) el 11 de enero de 1975. Requisito que por demás en su momento el ISS tuvo que encontrar acreditado para poder otorgarle la indemnización sustitutiva a la actora, la cual se reconoció por Resolución No.

00011774 del 29 de febrero del 2008 (fls. 48 a 50 del expediente digitalizado) razones por cuales es clara la procedencia en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante.

Precisándose, el hecho de haberse reconocido e incluso pagado tal indemnización sustitutiva, para nada impide que posteriormente pueda cuestionarse judicialmente si lo procedente era esa prestación o la respectiva pensión. Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la posibilidad de reclamar por ejemplo la pensión de vejez luego de haber recibido la indemnización sustitutiva, Radicado No. 35896, sentencia calendada el 07 de julio de 2009³, y para un caso de idénticas similitudes la Máxima Corporación consideró (SL4188 del 19 de octubre del 2020):

“(…) conforme se explicó en la sentencia CSJ SL11456-2015, en un asunto de semejantes aristas procesales al presente, existiendo el deber de reconocer la pensión de sobreviviente, el carácter indemnizatorio de la prestación sustitutiva «[...] perdió toda fortaleza, de manera que para las resultas del proceso, apenas habrá de tenerse como un pago parcial de la real obligación pensional que pesaba a cargo del ente demandado».

*Tal conclusión, se refuerza si se tiene en cuenta, que según lo decantó la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL13645-2014 reiterada en la decisión CSJ SL1624-2018, **aquella es una prestación provisional que no tiene la virtualidad de evitar el disfrute de la pensión, por ser la garantía máxima de seguridad social y un beneficio irrenunciable** en los términos del artículo 48 superior.*

Así las cosas, como «[...] el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, per se, implica que no había lugar al [...] de la indemnización sustitutiva», es imprescindible el descuento de lo pagado por ese crédito, en especial, debido a que, según se indicó en la sentencia CSJ SL3504-2019, tal es la única forma de «[...] conjurar un eventual enriquecimiento sin causa de la accionante [...]».” (Negrillas fuera de texto)

Entonces, habiéndose acreditado suficientemente que el I.S.S. reconoció a la beneficiaria de la prestación pensional de sobrevivientes, la acá demandante, una indemnización sustitutiva, a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa, pues dicho concepto es excluyente con el reconocimiento pensional deprecado en el fallo inicial, resulta procedente facultar a la demandada para que de las mesadas que se encuentren aquí adeudadas descuenta dichos valores, razón por la cual el fallo cuestionado ha de ser prohiado en éste aspecto.

³ “La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones. (...)”

Ahora bien, en relación con la fecha a partir de la cual se debe reconocer el derecho pensional, evidentemente la pensión de sobrevivientes se causó en la fecha de fallecimiento del señor HERNANDEZ CARDENAS -20 de abril del 2007- (fl. 47 expediente digitalizado), sin embargo, debe en este punto analizarse la excepción de prescripción propuesta por la encartada a folio 80 vuelto del expediente digital⁴, recordándose si bien el derecho a la pensión es imprescriptible, no así las mesadas pensionales, las cuales prescriben dentro del término establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S.; de esta suerte, en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 20 de abril del 2007 fecha en que falleció el señor Luis Felipe Hernández Cárdenas, acudiendo por primera vez a reclamar vía administrativa la prestación pensional el 26 de junio del 2007 (fls. 48 expediente digitalizado), resuelta de manera negativa mediante Resolución No. 0011714 del 29 de febrero del 2008, notificada el 21 de mayo del 2008 (fls. 48 a 50 del expediente digitalizado). Posterior a ella presentó dos solicitudes más así:

- 13 de junio del 2011 (fl. 51), resuelta con resolución No. 034730 del 20 de septiembre del 2011, notificada el 1° de diciembre del 2011 (fls. 50 a 52).
- 5 de agosto del 2014 (fls. 53 a 54), respecto de la cual se pronunció la pasiva a través del acto administrativo GNR 8405 del 22 de marzo del 2015, notificada el 26 de marzo de ese año (fls. 55 a 57) frente a la cual se interpuso el recurso de reposición el 14 de abril del 2015 (fls. 58 y 59), resuelto en Resolución GNR 211171 del 14 de julio del 2015 (fls. 61 a 64), notificado el 24 de julio del 2015 (fl. 60).

No obstante lo anterior y pese a las diversas solicitudes se tiene que acudió a la jurisdicción solo hasta el **31 de mayo del 2019** (fl. 68), notificándose a la entidad demandada del auto admisorio del libelo, dentro del término establecido en el artículo 94 del C.G.P.⁵, por lo que entre la fecha en que la actora tuvo conocimiento de la última respuesta negativa del derecho pensional (24/07/2015) y la fecha de interposición de la demanda transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales

⁴ Por auto del 28 de septiembre del 2020, se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones.

⁵ El auto admisorio se notificó por anotación en el estado del 30 de septiembre del 2019 (fl. 71), notificándose a Colpensiones el 15 de noviembre de ese mismo año (fl. 74).

causadas con anterioridad al 31 de mayo del 2016, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, confirmándose la decisión de la *a quo*.

En cuanto al monto de la prestación, la cual se fijó en cuantía igual a \$622.659,56 para el año 2016, advierte la Sala en este especial asunto que dicha cifra resulta inferior al salario mínimo de esa anualidad, por ende y pese a que este asunto se conoce en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor del Colpensiones, lo que impediría hacer más gravosa su situación lo cierto es que esta Corporación no puede ir en contraposición de un mandamiento legal y constitucional, según el cual no pueden haber pensiones inferiores al salario mínimo mensual legal vigente, de conformidad con el artículo 48 de la C.N. y el 35 de la ley 100 de 1993, razones por las cuales en este aspecto se modificará la sentencia de primera instancia, precisando la mesada pensional de la actora ha de corresponder a la suma de **\$689.455** salario mínimo del año 2016.

En cuanto a la cantidad de mesadas anuales a reconocer a la parte actora, se ha de indicar éstas deben corresponder a 14 mesadas al año al haberse causado en vigencia de la Ley 100 de 1993 en virtud de la cual se accedió a esa prerrogativa (art. 142), sin que tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que se causó el 20 de abril del 2007 (fecha de fallecimiento del afiliado) en cuantía de 1 smmlv, confirmándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En este orden de ideas, procede la Sala a **concretar** el retroactivo adeudado por mesadas pensionales la actora con el salario mínimo de cada año, del **31 de mayo del 2016 al 30 de octubre del 2020** (fecha hasta la cual se liquidó en sentencia de primera instancia), obteniendo como suma adeudada **\$48.740.661,65**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, precisándose de este valor se podrá descontar lo pagado a la actora por indemnización sustitutiva como atrás se indicó, valor que igualmente se modificará por las razones ya anotadas.

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
31/05/2016	31/12/2016	\$ 689.455,00	9,03	\$ 6.225.778,65
1/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717,00	14,00	\$ 10.328.038,00
1/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242,00	14,00	\$ 10.937.388,00
1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116,00	14,00	\$ 11.593.624,00
1/01/2020	30/10/2020	\$ 877.803,00	11,00	\$ 9.655.833,00
Total retroactivo			\$ 48.740.661,65	

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena, se debe recordar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones o las causadas por vía de transición, del cual en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 hacen parte las prestaciones de invalidez, vejez y muerte reguladas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones, entre ellas la contenida en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 26666 del 18 de abril de 2006, en la cual se enseña que el Acuerdo 049 de 1990 debe entenderse incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, circunstancia también apreciada en la SL 14005 Radicación No. 55006 del 14 de septiembre del 2016⁶, pues se causa por el simple hecho de la mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, sin que, al tenor de lo expuesto en Sentencia SL 787 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013⁷, en el presente asunto, se presenten circunstancias que puedan justificar la negativa de la accionada, en atención a que para la fecha en que la promotora del litigio solicitó por primera vez el

⁶ “Sobre las mesadas causadas y no pagadas no se generarán los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por estar prevista la prestación reconocida en el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año al haberse causado el 3 de marzo de 1992 según ya se ha visto, no en la Ley 100 de 1993 o merced al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la misma normativa. Lo dicho, además, por no haber sido una materia expresa del recurso en la alzada, pero mayormente por constituir la presente providencia una rectificación de la jurisprudencia, tal cual ya se explicó al resolver el recurso extraordinario.”

⁷ “La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.

reconocimiento de la prestación pensional (26/06/2007 fl. 48) ya tenía todos los requisitos acreditados conforme al parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 del 2003 como ya atrás se analizó, no siendo atendibles los argumentos expuestos en los diversos actos administrativos que negaron la pensión de sobrevivientes y en esa medida, como se anunció, no se encuentra justificación en la negativa al reconocimiento pensional, considerándose razonable la imposición de pago de intereses moratorios.

De ésta suerte, procede su reconocimiento a partir del 31 de mayo del 2016 sobre las mesadas pensionales causadas desde esa data conforme se dispuso en primera instancia, dados los efectos de la excepción de prescripción

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora⁸, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue es la confirmación del fallo en los términos anteriormente expuestos, modificándose el valor de la mesada pensional y el retroactivo al que tiene derecho la accionante y adicionándose en lo relativo a los descuentos en salud.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

⁸Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

"De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello"

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

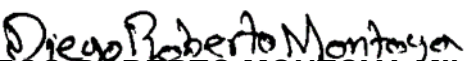
PRIMERO: MODIFICAR los numerales **SEGUNDO y TERCERO** del fallo del primer grado, para en su lugar establecer que el valor de la mesada pensional de la actora asciende al valor del salario mínimo legal vigente, por ende la mesada del año 2016 corresponde a la suma de **\$689.455**, **CONCRETANDO** el retroactivo adeudado a la demandante del **31 de mayo del 2016 al 30 de octubre del 2020**, en suma de **\$48.740.661,65** el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, **precisándose** de este valor se podrá descontar lo pagado a la actora por indemnización sustitutiva de acuerdo a lo anteriormente considerado.

SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado a la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás en la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO