

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NOEL MONTEALEGRE BARRAGÁN CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta, junto a los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 23 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellos no apelados.*

**A N T E C E D E N T E S**

**DEMANDA**

*Noel Montealegre Barragán, por medio de apoderado judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones*

*Parafiscales de la Protección Social, UGPP, para que se condene al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su esposa Jahel Villanueva de Montealegre, desde el 29 de abril de 2012, al pago del retroactivo de mesadas pensionales causado, indexación, intereses moratorios y por las costas del proceso y agencias en derecho.*

*Son fundamentos de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 a 4 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indica que: la señora Jahel Villanueva de Montealegre falleció el 29 de abril de 2012, estaba pensionada por Cajanal mediante resolución No. 02738 del 5 de marzo de 2002; el 18 de agosto de 2016 presentó solicitud del reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite o compañero permanente y la entidad en resolución RDP 039172 del 18 de octubre de 2016, negó el derecho, acto administrativo que no le fue notificado debidamente, por lo que fue necesario reiterar la solicitud el 15 de junio de 2017, la que fue resuelta por la UGPP en auto ADP 005641 del 9 de agosto de esa anualidad de manera negativa. Señala que contrajo matrimonio por el rito católico con Jahel Villanueva el 7 de julio de 1972; no obstante que se presentó una cesación de efectos civiles del matrimonio mediante sentencia proferida por el Juez primero de familia de Ibagué el 15 de marzo de 2011, dentro del proceso 730013110 001 2010 00462 00, la vida marital y convivencia, no se interrumpió en ningún momento, hasta el día del fallecimiento de la causante, compartiendo techo, lecho y mesa; que es una persona de la tercera edad y dependía de los recursos de su esposa o compañera.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda, notificada en legal forma y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la UGPP, en escrito incorporado a folios 67 a 70 del expediente digitalizado, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos, los acepta en su mayoría, excepto los relacionados, con el matrimonio y la convivencia del demandante con la señora Jahel Villanueva, indicando que no le consta, insistiendo que la carga de la prueba en este aspecto está en cabeza del promotor. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: Cobro de lo no debido,*

*ausencia de vicios en los actos administrativos demandados, imposibilidad de condena en costas, buena fe e inexistencia del derecho reclamado.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (audio anexo en el expediente digitalizado y acta), en la que condenó a la UGPP al reconocimiento y pago de la prestación a partir del 29 de abril de 2012, en cuantía inicial de \$1.832.584, junto con los reajustes anuales legales, hasta su inclusión en nómina; al pago del retroactivo de mesadas pensionales causadas, debidamente indexado entre la fecha de su causación de cada mesada y el día del pago, autorizando el correspondiente descuento por aportes a seguridad social en salud y condenó en costas a la demandada.*

*Se precisa que si bien inicialmente había declarado la prescripción de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de agosto de 2013, en aclaración posterior de la sentencia, dejó sin efecto lo decidido sobre este aspecto, en razón a que esta excepción no fue propuesta por la demandada y no puede ser declarada de oficio*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación (min. 47:01 audio 2 anexo al expediente digitalizado) manifestando que no se tuvo en cuenta algunos elementos de juicio solicitados tanto en el escrito de contestación como en el expediente administrativo, sea este la investigación administrativa realizada por la entidad, por lo que pide que se haga una verificación del caso conforme a los antecedentes fácticos frente a la convivencia que hubo entre el aquí demandante y la causante.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada UGPP presento alegaciones, insistiendo que la demandante no acreditó el requisito mínimo de convivencia durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento y por el contrario es evidente que se presentó una cesación de efectos civiles del matrimonio en sentencia ejecutoriada, por lo que no existió convivencia durante los últimos 2 años anteriores al fallecimiento de la señora Villanueva, conforme la investigación administrativa realizada por la entidad, por lo que pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva de todas las pretensiones.*

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

### *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES*

*En el presente caso no está en discusión que la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, reconoció y pagó a la señora Jahel Villanueva de Montealegre una pensión de jubilación reconocida mediante resolución No. 02738 del 5 de marzo de 2002, en cuantía inicial de \$1.014.123,08, efectiva a partir del 23 de mayo de 2001; cuyo pago posteriormente fue asumido por la UGPP; según se colige de la documental que obra en el expediente (fls 16 y ss). De igual manera, se encuentra acreditado que el demandante y la señora Villanueva contrajeron matrimonio el 7 de julio de 1972 conforme da cuenta el registro civil de matrimonio visto a folio 35, el cual mediante providencia del 15 de marzo de 2011, se declaró la cesación de los efectos civiles por divorcio, solicitado de común acuerdo entre los contrayentes. Así mismo, que la citada falleció el 29 de abril de 2012, según se establece en el registro civil de defunción incorporado a folio 13 del proceso y lo aceptado en los diferentes actos administrativos por los cuales se negó la prestación.*

*Así las cosas, conforme al alcance de la apelación interpuesta por la demandada, corresponde a la Sala dilucidar si el señor Noel Montealegre Barragán cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de la señora Jahel Villanueva.*

Pues bien, considerando la data del deceso del causante (29 de abril de 2012), es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

**“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte [...].”

Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que 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» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605). Así, 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. Lo anterior, excluye los 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.

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

*Establecido lo anterior, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que, a la fecha del deceso del pensionado el actor acreditaba más de 30 años de edad, teniendo en cuenta que su fecha de nacimiento fue el 20 de enero de 1948, conforme la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl.34) y lo acepta la enjuiciada en el acto administrativo RDP 039172 del 15 de agosto de 2017 y en documento aportado por la demandada para la audiencia de conciliación; por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por el demandante.*

*Obran en las diligencias resolución a través de la cual se acredita el reconocimiento pensional a la causante, así como los actos administrativos por los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional; registro civil de nacimiento de sus hijos Jair Fernando y Diana Paola Montealegre Villanueva; así como acta de audiencia llevada a cabo por el Juzgado Primero de Familia de Ibagué el 15 de marzo de 2011 dentro del proceso 730013110 001 2010 00462 00, en el que se declaró la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico por divorcio, entre Jahel Villanueva de Montealegre y Noel Montealegre Barragán, (fls 38 a 41).*

*El demandante en su interrogatorio de parte señala que lo que sucedió; fue que con su esposa fallecida tienen una hija y ella intervino en la cuestión de la separación porque ella decía que en la enfermedad de su mamita, él era el responsable, y que separándose se solucionaban las cosas, y por ello fue que accedió a separarse ante un juez y siendo así, y si era para el bienestar de ella, se separó; pero en razón a que ella lo llamaba insistentemente, le tocó seguir viviendo allí con ella, en el Chicoral; que en realidad a pesar de haber acudido al juzgado para el divorcio, nunca se separaron, siguieron viviendo contra la voluntad de su hija porque ella fue la que intervino en todas esas cosas. Agrega que la enfermedad que padecía su esposa era lupus y de ello murió, “entonces la recomendación de los médicos era que tenía que tener quietud, y la hija mía llegaba y le inculcaba todo que tenía que separarse de mí entonces ella era llore y llore y le aceleró la muerte”; que la acompañó en la enfermedad hasta el día que murió y las exequias se realizaron en Ibagué, donde estuvo presente.*

Las anteriores manifestaciones fueron corroboradas por los testigos que concurrieron al proceso pues **Jair Fernando Montealegre Villanueva**, hijo del demandante y la causante en su declaración espontánea manifestó que su padres vivieron hace 38 años en masa conyugal, nunca se separaron, en el momento de fallecer su mamá, su padre siempre estuvo pendiente hasta el último momento del fallecimiento el 29 de junio del 2012 a las 2:22 de la mañana en la clínica minerva y las exequias se prepararon en Ibagué por Los Olivos y fueron en Chicoral. Indica siempre vivió con su padres, tiene una hermana que toda la vida ha vivido en Bogotá desde que terminó bachillerato, nunca ha estado con ellos y nunca supo lo que pasaba en la casa, pero siempre quiso entorpecer la relación de sus padres, quería la separación, aconsejando a su mamá, quien se sometía a lo que dijera ella, más sin embargo, siempre los tres fueron muy unidos, se ayudaban y se colaboran; que lo del divorcio fue asesorado y liderado por su hermana, y su papá accedió a ello para no agravar la enfermedad de su señora madre sin embargo, él nunca dejó la casa, nunca faltó, siguió pendiente y le colaboraba en todo; que para excluirlo como beneficiario de los servicios de salud con la EPS, fue porque su hermana le presentó una carta para eso, que la relación entre su padre su hermana es muy mala porque siempre viven en conflicto. Insiste que su papa siempre estuvo pendiente de las necesidades y presente en el momento del fallecimiento de su mamá, nunca se separaron y no conoció de solicitudes que supuestamente fueron presentadas a la entidad en contra de su padre.

**Gema Peña González**, manifiesta que fue compañera y amiga de la causante y su relación siempre fue como hermanas por lo que muy frecuentemente se quedaba en la casa de ellos y le consta de manera directa que, ellos no se separaron, ya que los acompañó en los momentos críticos de su enfermedad, las citas médicas, estar pendiente de los medicamentos de ella. Indica que ellos vivían en el barrio la floresta vía panamericana, allí ellos tenían la residencia; que lo del divorcio fue por su hija debido a la mala relación que tenía Noel con ella, pero en realidad no se separaron, siempre Noel estuvo pendiente de ella en momento de crisis, de toda la enfermedad de ella que fue muy crítica, entonces él siempre estuvo ahí pendiente. Conoció que el demandante siempre fue beneficiario de los servicios de salud de Jahel que

*correspondía a la de los docentes en ese tiempo Emposalud, los aportes en la casa era de parte y parte, que el demandante estuvo presente en las exequias. **Heriberto Sáenz**, señaló que conoce a Noel hace unos 57 años, porque fueron compañeros de estudio y tanto su esposa como la del demandante eran docentes, por su relación de amistad iba muy cotidiano a visitarlo y por ello conoce que ellos nunca se separaron y da fe de que el señor Noel estuvo acompañando a Jahel, inclusive lo acompañé con ella al médico; no supo nada de divorcio; estuvo en las exequias en Chicoral y la cremaron en Los Olivos, donde siempre estuvo presente Noel.*

*Es de precisar que si bien la parte demandada insiste en que se debe valorar la investigación administrativa adelantada por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la UGPP, en la que se verifica que no existió convivencia durante los dos últimos años anteriores al fallecimiento de la causante, que la convivencia fue objetada por su hija Diana Paola Montealegre Villanueva y que de esa circunstancia se recibieron testimonios; al proceso no se allegó tal investigación ni mucho menos pruebas que soportaran esas manifestaciones, es más, ni siquiera en la contestación de la demanda se solicitaron pruebas.*

*De los medios de convicción anteriormente reseñados, y atendiendo lo señalado en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, la Sala concluye que contrario a lo manifestado por la recurrente, la Sala concluye que, en efecto, el señor Noel Montealegre Barragán probó la convivencia con el causante durante por menos cinco años anteriores al fallecimiento de la causante, que de la unión procrearon dos hijos, así mismo que si bien se profirió una resolución judicial en la que se declaró la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico por divorcio, fue por la intervención en la relación matrimonial que tuvo su hija Diana Paola debido a la mala relación que sostenía con su padre, pero que en realidad nunca hubo una separación como familia ya que de manera indisoluble el señor permaneció junto a su la causante, apoyándola en toda su enfermedad hasta el día de su fallecimiento, como lo manifestaron los testigos que concurrieron al proceso quienes además ratifican las afirmaciones del señor Montealegre Barragán en el sentido de que siempre se mantuvo la unión familiar, la comunidad de vida y la ayuda mutua.*

*En sentencia SL3202-2015, reiterada por la SL1399-2018, del 25 de abril de 2018 con radicación N° 45779, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adoctrinó que: “en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece. En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.*

*En efecto, en sentencia SL14237-2015, reiterada en SL6519-2017, la Corte reivindicó este criterio en los siguientes términos:*

*“Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar. Igualmente, la Corte, en sentencia CSJ SL, 5 abr. 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges, «a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia».*

*Y en sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27665, reiteró la anterior orientación, estimando que era razonable «que en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero». Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente.*

*Así, acreditado más de 5 años de convivencia, conforme lo exige la norma antes citada, se impone confirmar la decisión de primera instancia en tanto reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes en cabeza del acto, en la forma ordenada.*

#### **INDEXACIÓN DEL RETROACTIVO DE MESADAS**

*Dado que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor. Aquí es oportuno recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991:*

*“Con apoyo en la perceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”*

*Como en el caso estudiado la entidad demandada dejó de pagar la pensión de vejez a la que la demandante tiene derecho, por lo que se ordenó el retroactivo de las mesadas causadas y no pagadas de la misma, lo que da una suma de dinero de mesadas pensionales que se ordenaron pagar con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez, debe asumir la demandada la pérdida del poder adquisitivo de lo adeudado por este concepto desde la fecha en que a*

la demandante se le reconoció el derecho y hasta el día en que se realice el pago de las mismas, como en efecto lo determinó el a quo.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

Efectivamente no fue propuesta por la demandada esta excepción y no puede ser declarada de oficio.

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

**RESUELVE:**

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo. Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FLOR ÁNGELA TORRES GÓMEZ CONTRA SODEXO S.A*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 pm.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Flor Ángela Torres Gómez, por medio de apoderado judicial, demandó a Sodexo S.A, para que se declare declara la primacía de la realidad sobre las formalidades, igualmente que existió un contrato de trabajo a término fijo de*

*un año desde el 26 de junio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2018. En consecuencia se condene a pagar la indemnización de perjuicios igual al valor de un día de salario por no conceder cada día de compensatorio de dominical y festivos; que se condene al reajuste de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios; la indemnización por despido ilegal; pago de salarios hasta el 31 de agosto de 2018; la indemnización que trata el artículo 65 del CST; lo ultra y extra petita y se condene al pago de costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folio 6 a 7 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que: empezó a laborar el 26 de junio del 2012 con un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, renovado por un año, desempeñando el cargo de auxiliar de servicios generales, con un horario rotativo de 8:00 a.m. a 4:00 pm de 4:00 pm a 12:00 m y de 12:00 m a 8:00 a.m., devengando un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad; el último salario devengado fue de \$746.030; la parte pasiva al momento de la liquidación le dedujo a la actora sin autorización \$829.170; que laboró un domingo cada quince días, todos los festivos con excepción del 1º de enero y el viernes santo de cada anualidad, sin que le días de compensatorio por todos los días festivos y dominicales laborados.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el demandado en legal forma y dentro de término mediante escrito obrante a folios 61 a 73 de las diligencias, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, respecto a los hechos aceptó los referentes a el contrato de trabajo a término fijo del 1 de septiembre de 2012 al 31 de agosto de 2017, el cargo desempeñado, los horarios, el salario devengado y las consignación realizadas en la cuenta de nómina de la actora; frente a los demás indicó no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, compensación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia atrás referida (acta 5 digitalizada) en la que declaró la existencia de dos contratos de trabajo; el primero del 17 de julio al 9 de agosto de 2012 el segundo del 1 de septiembre de 2012 a 31 de agosto de 2017; absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y condeno en costas a la actora.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante la recurre insistiendo en que se accedan a cada una de las pretensiones formuladas, teniendo en cuenta para ello, los fundamentos facticos, las afirmaciones y negaciones que le correspondía a la parte demandada desvirtuar, analizando en conjunto el material probatorio recaudado con el fin de determinar si existieron uno o más contratos de trabajo, y de acuerdo a lo afirmado en la demanda ordenar lo reclamado, revocando la decisión de primer grado.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada presentó alegatos en esta instancia, en los que solicitó se confirme la sentencia en todas sus partes.*

#### *CONSIDERACIONES*

*En atención al recurso presentado por la parte demandante de conformidad con lo previsto en el artículo 66 del CPT y SS, se procede a resolver y que se centra a la existencia de la relación laboral y como consecuencia el pago de las acreencias laborales.*

#### *EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO*

*Manifiesta el demandante que su vinculación lo fue a través de un único contrato de trabajo a término a término fijo de un año desde el 26 de junio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2018; a lo cual se opone la demandada indicando que en realidad se trató de dos diferentes contratos que tuvieron vigencia el primero entre el 27 de junio y el 9 de agosto de 2012; y el segundo del 1° de septiembre de 2012 a 31 de agosto de 2017.*

*De acuerdo con al analizar el material probatorio incorporado en el proceso observa la Sala que se allegó copia simple del contrato del trabajo a término fijo de un año folio 74 a 75 del expediente digitalizado el cual fue suscrito el 26 de julio de 2012 entre la señora Flor Ángela Torres Gómez y Sodexo S.A., en que se acordó un salario equivalente al mlmv y en cuanto a su duración se precisó que sería entre el 27 de julio de 2012 y el 26 de julio de 2013, es decir, por un año con posibilidad de prórroga; sin embargo, de conformidad con escrito anexo a la contestación de la demanda suscrito por la coordinadora de relaciones laborales de la sociedad encartada, con constancia de recibido por la demandante, lo cual fue aceptado por la promotora en el interrogatorio de parte, se comunicó la terminación del mismo a partir del 9 de agosto de la misma anualidad encontrándose en periodo de prueba (folio 76), esto es, que efectivamente como lo concluyo el a quo, efectivamente existió un primer contrato de trabajo término fijo de una año tuvo el cual tuvo vigencia entre el 27 de junio y el 9 de agosto de 2012, lo cual concuerda con certificados de aportes a seguridad social en riesgos profesionales allegados a folios 80 a 85 del expediente digital en los que se verifica que se realizó aportes en favor de la señora Torres Gómez durante los ciclos de junio a agosto de 2012.*

*Ahora, al instructivo de certificación expedida por la jefe administración de recurso humanos de Sodexo S.A.S., visible a folio 38 del expediente digital, en la que hace constar que la actora estuvo vinculada desde el 1° de septiembre de 2012 al 31 de agosto de 2017 y su último cargo fue el de auxiliar de servicios generales, así como copia de la liquidación del contrato de trabajo, en los que se consiga los mismos extremos temporales sin especificar la naturaleza del contrato (fl. 79), de lo cual se extracta que efectivamente existió una segunda vinculación que estuvo vigente durante el lapso antes*

*indicado, acotando que al proceso se haya allegado prueba alguna tendiente a demostrar que este contrato se extendió hasta el hasta el 31 de agosto de 2018, como lo afirmó la actora.*

*Es este punto es de precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 46 del C.S.T., es taxativo en señalar que el contrato de trabajo a término fijo para su validez siempre debe constar por escrito y si bien la actora indica en la demanda que su vinculación lo fue bajo esa modalidad y ello fue aceptado por la demandada, al revisar el material probatorio observa la Sala que brilla por su ausencia el mismo y de las incorporadas no existe alguna tendiente a demostrar que esta última vinculación haya sido bajo en esa condición, sin que para tal efecto se deba tener el contrato inicial, en razón a que este es independiente y fue terminado por le empleadora mediante comunicación del 9 de agosto de 2012. Por lo que ha de modificarse la decisión de primera instancia en el sentido de precisar que el segundo contrato rigió a término indefinido.*

*Sobre el particular resulta pertinente traer a colación, lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2600-2018 de 27 de junio de 2018, con radicación 69175, en la que precisó:*

*“Conviene destacar que el contrato de trabajo en cuanto género, no está sometido a una forma determinada para su existencia, por lo que para su nacimiento es suficiente con que concurra un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador. Al respecto, el artículo 37 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que «el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito; **para su validez no requiere de forma especial alguna**, salvo disposición expresa en contrario».*

*Aunque para el surgimiento a la vida jurídica del contrato de trabajo prima la consensualidad (se perfecciona con el simple consentimiento), al igual que para la validez de la generalidad de los acuerdos o pactos a los que lleguen los trabajadores y empleadores en el marco de la relación de trabajo, existen determinadas estipulaciones, ensambladas en el convenio laboral, para las cuales la ley impone el cumplimiento de una formalidad para su eficacia (actos ad solemnitatem), tal es el caso, por ejemplo, del pacto de duración a término fijo de los contratos de trabajo (art. 46 CST), el periodo de prueba (art. 77 CST) o el salario integral (art. 132 CST), los cuales por expreso mandato legal deben celebrarse por escrito.*

*La desatención de esta formalidad legal, no implica, la inexistencia o ineficacia de la totalidad del contrato de trabajo, sino apenas de uno de los apéndices o cláusulas para los cuales la ley exige una específica forma. Así, la falta de una estipulación escrita sobre el término fijo, hace que el contrato laboral se entienda celebrado a tiempo indefinido (art. 45 CST)...”*

*En relación con el salario no existe controversia que se trató del equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.*

#### **TERMINACIÓN DEL CONTRATO - INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO**

*Insiste la recurrente en que fue despedida de manera injusta y, por tanto, procede el pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST.*

*A efecto de resolver lo pertinente, sea lo primero señalar que como se concluyó en presencia, la segunda relación laboral que unió a las partes, no lo fue a través de un contrato de trabajo a término fijo, sino de duración indefinida. Así tenemos que la demandada a través de comunicación de 28 de abril de 2017 (folio 78 del expediente digitalizado), a través de la cual el feje de la administración de recursos humanos de la compañía, informó a la demandante:*

*“Le comunicamos que el contrato de trabajo que usted celebró con la compañía, vence el próximo 31 de agosto de 2017 y el mismo no será renovado.*

*De esta manera damos cumplimiento al preaviso que exige la ley, es decir le avisamos con 30 días de antelación a la fecha del vencimiento de su contrato.*

*Le solicitamos pasar por la oficina de Admón. de Recursos Humanos, para que reclame la liquidación definitiva de prestaciones sociales así como la Orden para que se practique el examen médico de retiro y el reporte de pagos de los últimos tres meses al sistema de seguridad social”*

*En consonancia con lo dicho concluido en la declaración anterior, dado que el empleador invocó un hecho no constitutivo de justa causa (art.7º del decreto 2351 de 1965) es fácil deducir la ilegalidad de la terminación del vínculo laboral, por lo que sin lugar a mas miramientos hay lugar a ordenarse el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el literal a) del artículo*

64 del CST, la que la ser liquidada teniendo en cuenta el último salario devengado, y el tiempo laborado en segundo contrato, se obtiene que asciende a la suma de \$3.702.350,00, imponiéndose revocar la decisión del a quo en este aspecto para en su lugar imponer condena por indemnización por despido sin justa causa, la cual teniendo en cuenta la el deterioro constante del valor de la moneda colombiana, debe ser indexada al momento del pago.

#### TRABAJO SUPLEMENTARIO - DOMINICALES Y FESTIVOS

Es de precisar que en cuanto a la jornada laboral, en el hecho décimo de la demanda en turnos rotativos de 8:00 a.m. a 4:00 pm de 4:00 pm a 12:00 m y de 12:00 m a 8:00 a.m. lo cual fue aceptado por la demanda en su respuesta, de lo que es claro que su labor se desarrollaba dentro de los parámetros de la jornada ordinaria laboral de 8 horas diarias y 48 semanales, lo cual fue precisado por el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte.

La promotora alega laboraba un domingo cada quince días y todos los días festivos excepto el 1° de enero y el viernes santo de cada anualidad los que no fueron debidamente reconocidos a lo cual la encartada replicó indicando que la señora Flor Ángela si bien laboró en días s dominicales y festivos, solo lo fue en fechas en las que se requerían para la prestación del servicio según la programación, los cuales fueron cancelados en debida forma y se reconocía compensatorio de acuerdo lo ordenado por la ley.

Frente a esta pretensión la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: "(...) la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, y no es dable al Juzgador entrar en cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas".<sup>1</sup> No existe discusión que el demandante habitualmente laboraba en días dominicales y concretamente en las pruebas allegadas por la enjuiciada folios 86 a 129 del instructivo, están reconocidos por la empresa los días domingos

---

<sup>1</sup> Sentencias marzo 2 /1949, febrero 16 de 1950, marzo 15 de 1952 y diciembre 18 de 1953.

*y festivos que la señora Torres Gómez laboró durante la relación laboral, sin que aparezca prueba alguna en la que se pueda establecer de manera fehaciente que la demandante laboró días diferentes a los reconocidos y pagados por la empresa.*

*Para dilucidar el punto de debate en la alzada, considera pertinente la Sala hacer un recuento de las normas que regulan la materia, así tenemos que el artículo 172 del C. S. T., establece:*

*“Norma general. Salvo la excepción consagrada en el literal c) del artículo 20 de esta ley el empleador está obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores. Este descanso tiene una duración mínima de veinticuatro (24) horas”.*

*Por su parte el artículo 179 del mismo estatuto Sustantivo, indica la forma como se remuneran los dominicales, así:*

*“Remuneración*

- 1. . El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.*
- 2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.*
- 3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.*

***Parágrafo 1°:** El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.*

*Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.*

*Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1° de abril del año 2003.*

***Parágrafo 2°:** Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo*

*dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario”.*

*Por su parte el Artículo 180. Trabajo excepcional.*

*El trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior.*

*Para el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales prevista en el artículo 20 literal c) de esta ley, el trabajador sólo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo”.*

*Finalmente el artículo 181. Descanso compensatorio.*

*El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*En el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales prevista en el artículo 20 del literal c) de esta ley el trabajador sólo tendrá derecho a un descanso remunerado cuando labore en domingo”.*

*Conforme a lo anterior cuando habitualmente se labora en día dominical es decir, más de dos domingos al mes, caso en el cual, el trabajador tiene “...derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del CST, luego, el trabajador que labora habitualmente los domingos, tendría derecho a un descanso compensatorio remunerado por cada dominical laborado, además del pago del recargo de que trata el numeral 1º del artículo 179, es decir, del 75% del salario ordinario el proporción a las horas laboradas. Lo anterior implica el sentido de disponer a favor del trabajador el pago correspondiente del 1.75 % que comprende el salario ordinario, más el recargo por la labor en día dominical, más disfrute de un día de descanso remunerado compensatorio.*

*En el caso puesto a consideración, no es motivo de discusión que el demandante laboraba habitualmente en días dominicales como lo aceptó la parte demandada y se desprende del material probatorio recaudado, y si*

*bien por dicha labor disfrutaba un día compensatorio entre semana como da cuenta la programación de turno allegada y la marcación de los mismos (fls 86 a 95). En atención a lo anterior, teniendo en cuenta las normas antes transcritas, la entidad demandada correspondía retribuir el trabajo en día dominical y festivo con el equivalente al 1.75%*

*Así, al revisar los comprobantes de pago allegados al proceso 96 a 129, observa la Sala que el trabajo dominical y festivo laborado por el trabajador demandante, se le remuneraba, conforme al tiempo laborado, las cuales a realizar la operaciones aritméticas correspondientes para determinar si el valor de éste se remuneró adecuadamente, pues el valor reconocido en todos los casos es mayor y equivalente a la remuneración legal ordenada en las normas antes transcritas, y corresponde al 1,75% del salario ordinario, además, y se le concedió a la demandante el descanso compensatorio remunerado en la semana siguiente como se indicó anteriormente.*

*Conforme lo anterior, al determinarse por la sala que el valor reconocido y pagado por la demandada, por la labor en día dominical y festiva es la que correspondía a la demandante, no queda alternativa que confirmar la decisión del a quo, así como las demás pretensiones de reliquidación de acreencias laborales, las cuales dependían en forma directa del resultado de ésta.*

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

#### **R E S U E L V E**

**Primero.** - *Modificar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada para en el sentido de precisar que existieron dos contrato de trabajo independientes; el primero a término fijo, que tuvo vigencia entre el 17 de julio y el 9 de agosto de 2012 y el segundo a término indefinido entre el 1° de septiembre de 2012 y el 31 de agosto de 2017. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

**Segundo.** - Revocar parcialmente los ordinales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a Sodexo S.A.S. a reconocer y pagar a la señora Flor Ángela Torres Gómez, la suma de \$3.702.350,00, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual deberá ser indexada al momento del pago.

**Tercero.** - Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.

Segundo.- Sin costas en esta instancia. Las de primera lo serán a cargo de la demandada.

Las partes quedan notificadas en estrados

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL PILAR CASTRO DOBLADO CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SANDRA ROMERO GALINDO.*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*María del Pilar Castro Doblado, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colfondos S.A., para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en su condición de cónyuge supérstite de Miguel Ángel Bonilla Pachón, a partir del 7 de enero de 2019; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: contrajo nupcias con el causante Miguel Ángel Bonilla Pachón el 2 de junio de 1990, luego nació su hijo Andrés Felipe el 17 de junio de 1991; convivió con el consorte hasta su deceso el 7 de enero de 2019; acudió a Colfondos S.A. a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, petición que el fondo de pensiones no recibió en razón a que el de cujus también realizó aportes a Colpensiones por lo que debía gestionar el bono pensional; el 15 de agosto de 2019 radicó petición para el reconocimiento prestacional adjuntando los soportes para el efecto, a causa de ellos un asesor Seguros Bolívar le requirió acerca de los datos de contacto de los padres y hermanos del occiso, pero no suministró esa información por cuanto no contaba con ella; el 4 de septiembre del mismo año, el asesor le dijo que en los diez meses anteriores al deceso Bonilla Pachón, éste había convivido con Sandra Romero Galindo, por lo que se le exhortó a la activa a que aportara certificación como beneficiaria de la EPS, la historia clínica del entonces afiliado, comprobante de pago de cesantías, entre otros; afirma que en mayo de 2018 Miguel Ángel le comunicó que debía ir a cuidar la casa de los compadres a Bogotá, pero el vínculo entre la actora y su esposo permaneció, motivo por el cual, cuando aquel enfermó acudió al hospital, pues incluso dependía económicamente de él; en agosto de 2019 Colfondos S.A. resolvió la solicitud señalando quienes eran beneficiarios de la prestación; por último infiere que tiene derecho a la pensión de manera vitalicia por haber nacido el 15 de diciembre de 1959.*

#### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colfondos S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 127 a 152 archivo 01 CD fl. 86); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de fallecimiento del causante y reclamación de la activa y de la señora Sandra Patricia Romero Galindo de la prestación, la primera en calidad de cónyuge y la segunda de compañera permanente supérstite; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso la excepción previa de falta de integración de Litis consorte necesario y como perentorias las de cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, compensación y pago, prescripción y la innominada o genérica.*

*En auto admisorio del 3 de julio de 2020 (fls. 96 a 98) se ordenó notificar la señora Sandra Romero Galindo en su calidad de tercera ad excludendum, quien una vez conoció de la existencia del asunto, manifestó que no tenía interés sobre el mismo, por lo que solicitó su desvinculación (fl. 106 archivo 01 CD fl. 86).*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 75), en la que declaró a la demandante, en su calidad de cónyuge supérstite como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 7 de enero de 2019, al pago indexado del retroactivo pensional y autorizó al fondo de pensiones a descontar el porcentaje correspondiente en salud. Declaró probada la excepción de no configuración al pago de intereses moratorios. Sin condena en costas.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Colfondos S.A. interpone recurso de apelación argumentando que la actora no demostró la convivencia con el causante, ya que no convivió con el causante durante los cinco años anteriores al deceso de éste, ya que no se aportó prueba siquiera sumaria de que los contrayentes quisieran mantener el vínculo vigente, por el contrario se demuestra que el de cujus vivió con otra persona desde que se separó de cuerpos, sin que existiera una ayuda mutua, aunado a que los testigos conocen en razón a que la demandante les contó que él señor Bonilla Pachón se fue a cuidar una casa, sin que de manera directa percibieran esa situación. Existen discrepancias entre el testimonio entre Andrés Felipe y el interrogatorio de María del Pilar, recuérdese que esta última no fue a cuidar al fallecido, por lo que no existió el deseo de aquella socorrerlo. Por último, y aun cuando prosperen las pretensiones, no procede la indexación de las sumas, debido a que para ello se establecieron los reajustes anuales por ley.*

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

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las partes al momento de sustentar su recurso de apelación.*

### *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CÓNYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE*

*En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que Miguel Ángel Bonilla Pachón falleció el 7 de enero de 2019, como da cuenta su registro civil de defunción (fl. 11) y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó un total de 110,71 semanas en la AFP Colfondos S.A., conforme se establece con la Historia Laboral Consolidada (fl. 71 a 74 vto.).*

*Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si la señora María del Pilar Castro Doblado cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de Miguel Ángel Bonilla Pachón.*

*Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 7 de enero de 2019, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:*

*“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: [...]*”

*También resulta pertinente referir el texto del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993:*

*“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo<sup>1</sup>. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente [...]*

*Consagran las normas transcritas dos situaciones distintas para acceder a la pensión de sobrevivientes, una, cuando el causante es afiliado al sistema de seguridad social, y otra, cuando éste es pensionado, para los que la ley establece requisitos diferentes; para los últimos se exige una convivencia mínima, y para los primeros simplemente el haber cotizado un número de semanas con anterioridad al fallecimiento.*

*Recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revaluó su posición en el entendido que el requisito mínimo de convivencia, previsto para tener derecho a la pensión de sobrevivientes refiere únicamente al caso de muerte del pensionado, mas no cuando se trate del fallecimiento de un afiliado, pues para este último supuesto no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia. Así lo precisó en la sentencia SL1730-2020, con radicado N° 77327 del 3 de junio de 2020:*

*“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada [...]*

*Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los*

<sup>1</sup> Aparte subrayado declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**, únicamente por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-1035-08](#) de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'.

beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**" (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.  
[...]

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación."

Así, al establecer los límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 buscan un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por otra parte, la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia. Ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora.

De conformidad con lo precedente, para la fecha del deceso del afiliado fallecido correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditare más de 30 años de edad, y el causante hubiese cotizado cincuenta semanas durante los tres años anteriores al fallecimiento; sin importar el tiempo de convivencia.

Dados los anteriores derroteros, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que a la fecha del deceso del señor Miguel Ángel Bonilla Pachón, la demandante acreditaba más de 30 años de edad, pues nació el 21 de diciembre de 1959, como da cuenta la copia de su registro civil de nacimiento (fl. 12). También

*está probado que el afiliado fallecido había cotizado más de cincuenta semanas en los tres años anteriores al infortunio, como ya se expuso; por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar si la actora acredita su condición de compañera permanente supérstite.*

*Obra en el expediente registro civil de matrimonio con el que se acredita que Miguel Ángel Bonilla Pachón y María del Pilar Castro Doblado contrajeron matrimonio el 2 de junio de 1990 sin que aparezca nota marginal que afecte la vigencia del vínculo matrimonial (fl. 13 A). También se aportó el registro civil de nacimiento del hijo procreado en el matrimonio, de nombre de Andrés Felipe Bonilla Castro, nacido el 17 de junio de 1991 (fl. 13).*

*Adicionalmente, el expediente administrativo aportado contiene los siguientes documentales relevantes: formato de verificación de convivencia (fls. 160 a 166), suscrito por la demandante y en el que se anota “POR MOTIVO DE TRABAJO O DE CUALQUIER OTRA ÍNDOLE, LA RESIDENCIA DEL AFILIADO SE ENCONTRABA FIJADA EN OTRO LUGAR?:  SI  NO. En el momento del fallecimiento se encontraba viviendo en la casa de la compañera. Suba”; declaraciones extraproceso de Carlos Félix Bonilla Pachón y Esperanza Bonilla Pachón, hermanos del causante, indicaron en síntesis que el occiso en vida convivió de manera ininterrumpida desde la data del matrimonio y hasta el deceso (fls. 176 y 177)*

*Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio manifestó que vivió bajo el mismo techo con el causante desde el 2 de junio de 1990 hasta el 3 de febrero de 2018, pero que luego de ello no se separaron, él simplemente le manifestó que iba a cuidar la casa en Suba manteniendo el trabajo en el vivero en Chía, incluso siguió soportando sus gastos económicos, en algunas oportunidades enviaba el dinero a través de su hijo o de un compañero de trabajo; una vez cayó enfermo por el tumor cerebral en algunas oportunidades fue a visitarlo, no pudo hacerse cargo de su cuidado ya que ella cuida a su madre - la de la demandante- quien para la época tenía 94 años de edad, pero que su hijo se hizo cargo del cuidado de Bonilla Pachón hasta el deceso; en el velorio del cónyuge conoció la existencia Sandra Romero Galindo por lo que desconoce de la convivencia de aquella con su consorte y asegura que lo escrito en el formulario de convivencia lo hizo por instrucción expresa del asesor de la aseguradora, quien le manifestó que así hubiere conocido de ese evento con posterioridad a la muerte de su esposo debía anotararlo; en vida del cónyuge, hablaba telefónicamente con él todos los días.*

Se recibieron los testimonios de **Andrés Felipe Bonilla Castro**, hijo de la pareja conformada por la demandante y el afiliado fallecido, quien expresó que su padre le comunicó que lo internaron en la clínica el Bosque, fecha para la cual estaba desarrollando sus prácticas por la cual no podía cuidarlo con tanta frecuencia, por lo que sus tíos se hicieron cargo por esos días, luego, cuando se le trasladó a la Clínica Colombia, empezó a acudir todos los días y así realizaban video llamadas con su madre para que se viera con su papá; durante el tiempo que estuvo en la clínica conoció a Sandra, pero pese a que sus abuelos, primos y tíos estaban allí ninguno le dijo que ella sostenía una relación con su progenitor; le tomó por sorpresa cuando su padre le dijo que se iba a vivir a Suba, pero después le explicó que era para tener otro ingreso económico; continuaron viéndose en el vivero; le enviaba dinero a María del Pilar a través de él o de un compañero; sabe que sus padres hablaban en razón a que si llamaba al uno el otro le decía hable con su mamá o su papá según fuera el caso; en julio antes de que enfermara Miguel Ángel los tres fueron al concurso de tractomulas que les gustaba; Castro Doblado tiene a cargo el cuidado de su abuela -la del testigo- por lo que no podía acudir siempre al nosocomio; **Ana Isabel Larrota**, dijo conocer a Miguel Ángel en 1990 cuando se iba a casar con María del Pilar; eran vecinos y dejó de verlo en marzo del 2018, cuando lo echó de menos le preguntó a Pilar y ella le contó que él se había ido a cuidar una casa de unos compadres a Suba, para conseguir más dinero para comprar una casa propia; después supo que él estaba enfermo, le descubrieron un tumor; le consta que la activa cuida a la mamá; mientras el acusante vivió con ellos siempre los veía salir a comer helado, mercado o ellos mismos le decían que se iban a cine; la activa le contó que en el velorio supo que su esposo tenía otra persona; no asistió al funeral; y **Efraín Castro Doblado**, hermano de la accionante, desde antes del matrimonio; tuvieron un hijo; María Pilar siempre ha vivido en la casa cuidando a la mamá; los tres se iban a cine, a comer helado, a hacer mercado; él dijo que se iba a suba a cuidar una casa; la pareja cubría el estudio a Andrés Felipe, quien estaba pendiente de la enfermedad de su progenitor y realizaba las video llamadas durante la misma. Cuando el de cujus se fue a vivir a suba le mandaba dinero con un amigo, o él lo llevaba; a los ocho días del sepelio supo que su cuñado tenía otra pareja, se lo contó su hermana; en diciembre se iban para Cota y a las carreras de tractomulas; no conoció a la persona que dicen que vivía con él; tenían las dificultades normales del matrimonio pero nada de separación; cuando Miguel iba al vivero pasaba a la casa, saludaba y se iba; en caso de que María del Pilar tuviera

*una cita médica le colaboraban para que asistiera o fuera a ver al esposo en el hospital; Andrés Felipe hizo las diligencias del sepelio y fue Pilar la que sufragó los gastos de las exequias y pagó las misas de las nueve noches.*

*Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, es posible concluir que entre la accionante y Miguel Ángel Bonilla Pachón existió el vínculo matrimonial que se extendió desde 2 de junio de 1990 hasta la fecha de fallecimiento de este último, es decir, hasta el 7 de enero de 2019. Y si bien en los meses previos al deceso no existió cohabitación bajo el mismo techo a causa de que el afiliado decidió residir en la localidad de suba con otra persona, ello no conllevó a que desapareciera la comunidad de vida de la pareja, ya que subsistieron los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, pues recuérdese que el causante continuó velando por el sustento de Castro Doblado y ésta a su vez, pese al impedimento de hacerse cargo de su cónyuge, procuró estar pendiente de aquel aunque fuere por medio de las video llamadas, por lo que no es de recibo el argumento de Colfondos S.A. de que la activa no tuvo vocación de auxiliar al consorte.*

*Por último, contrario a lo dicho por el fondo de pensiones, aunque el causante tuviera una convivencia simultánea, ello no desdibuja el interés de brindar cuidado a su esposa, como se devela de la ayuda económica, sin que pueda dejarse de lado, que eventualmente lo que correspondería sería el reconocimiento de la prestación de manera proporcional a cada una, sin embargo, recuérdese que la interviniente ad excludendum, manifestó su falta de interés en las resultas del proceso.*

*Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión apelada en este punto, en tanto condenó a la AFP accionada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la actora.*

#### *INDEXACIÓN DE LAS SUMAS DEBIDAS*

*Otro de los reparos planteados por la pasiva en su recurso se centra en la improcedencia de la indexación de las sumas, debido a que la ley contempla los reajustes anuales para las prestaciones.*

*Para resolver lo pertinente, basta con indicar que la vocación de los reajustes anuales es el incremento del valor de la mesada año a año para que la prestación no pierda poder adquisitivo, y la mesada se recibe puntualmente, mientras la indexación lo que busca es traer a valor presente aquellas sumas de dinero que no se cancelaron en tiempo, y que sufrieron por ende, una depreciación.*

*En este sentido, cumple recordar que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, y ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor. Así es oportuno rememorar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991:*

*“ Con apoyo en la perceptiva ( el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”*

*Como en el caso estudiado a la actora se le reconocen unas mesadas pensionales causadas desde el año 2019, dichos valores deberán ser actualizados al momento en que se realice el pago del retroactivo por parte de Colfondos S.A.; razón por la cual se confirmará la decisión recurrida en este sentido.*

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

**RESUELVE**

**Primero.-** Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de la recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CLAUDIA ARAQUE ARAQUE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*María Claudia Araque Araque, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Colfondos S.A.*

*Pensiones y Cesantías, para que se declare la ineficacia del traslado a Colfondos S.A., y se condene al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 70 vto. y 71 del archivo 01. del C.D. de folio 2, en los que en síntesis se indica que: nació el 19 de julio de 1959, por lo que alcanzó los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2016; se afilió al otrora ISS el 1º de febrero de 1995 al que cotizó 203 semanas hasta el 1º de febrero de 1999, cuando se vinculó con Colfondos S.A.; el fondo de pensiones no suministró información suficiente en la que se le dieran a conocer las características del RAIS, como la posibilidad de ejercer el derecho de retractor y las condiciones para el disfrute pensional; tampoco se le indicaron las alternativas, beneficios e inconvenientes a través de una exposición prudente de quien es un administrador experto respecto del afiliado lego; tiene 961 semanas cotizadas al RAIS; Solicitó a las demandadas la ineficacia del traslado y ambas resolvieron negativamente la petición.*

#### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colfondos S.A., dentro del término legal (fols. 120 a 138 del archivo 01. del C.D. de folio 2), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa AFP, la petición de ineficacia del traslado y la respuesta negativa. Como medios de defensa propuso las excepciones que inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los supuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo de exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios de conocimiento y la genérica.*

*Colpensiones, dentro del término legal (fls. 158 a 173) se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, la afiliación al RPMPD y las semanas cotizadas; la reclamación y la respuesta desfavorable a la activa; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo de validez de la afiliación al*

*RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad, de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 2), que declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPMPD por medio de Colfondos S.A., en consecuencia condenó a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivos de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, juntos con los frutos, intereses y rendimientos, debiendo reintegrar a costa de su patrimonio los deterioros sufridos en los recursos administrados debidamente indexados, incluidos los gastos de administración y primas de seguro; ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación y corregir la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas al fondo de pensiones.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Colfondos S.A. la recurre, al considerar que no procede la devolución de los gastos de administración, ya que no se encuentra demostrado un daño en los aportes de la activa, por el contrario se evidencia una buena gestión por los rendimientos que dichos dineros dieron, por lo que se perjudica el patrimonio de la AFP al tener que devolverlos de manera indexada, a más que respecto de los gastos de administración operó la prescripción máxime cuando el traslado acaeció hace más de tres años; en todo caso, en ambos regímenes pensionales se efectúan los descuentos de gastos de administración, debido a que operan por mandato legal.*

*Colpensiones considera que a la parte demandante le asiste el deber de probar lo alegado en la demanda máxime cuando de manera escueta absolvió el interrogatorio; dentro de la demandada no se presentó inconformidad respecto*

*de la mesada pensional que le correspondería en el RPMPD y la que le otorgaría el RAIS, por lo que debe absolverse a Colpensiones de recibir la afiliación de la activa.*

### CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteada por las demandadas, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan.*

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

*Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Colfondos S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Colfondos S.A. realizada el 18 de diciembre de 1998 con efectividad desde el 31 de enero de 1999 (fl. 139 archivo 01), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, Colfondos S.A. presenta reparo en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe a revisar este punto, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde*

*siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis del fondo de pensiones Colfondos S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, situación que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a*

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

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

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

#### **R E S U E L V E**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Colfondos S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MELIDA RÍOS RÍOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

**A U T O**

*Reconócese personería a la Dra. Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No. 65.701.747 y la T.P. No. 123.148 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Laura Rocío Martínez Lizarazo quien se identifica con la C.C. No 33.368.799 y la T. P. No. 280.323 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

*Notifíquese*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarenta*

*Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Melida Ríos Ríos, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare ineficaz la vinculación a Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a la AFP a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, y a esta última a recibir y reactivar la afiliación de la activa, lo ultra y extra petita y se condene al pago de costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 2 a 5 del archivo 01. del C.D. de folio 2, en los que en síntesis se indica que: nació el 19 de marzo de 1960; realizó aportes al RPMPD desde julio de 1988 hasta marzo de 1996 cuando se afilió a Porvenir S.A., data para cual tenía 36 años de edad; los asesores del mencionado fondo de pensiones acudieron a su lugar de trabajo manifestando que el ISS se liquidaría por inconvenientes económicos, lo que contribuiría a la pérdida de los tiempos cotizados, situación que no se presentaría en la AFP, en donde además accedería a una pensión superior; tampoco se le dijo cuál sería el monto de la prestación en ambos regímenes, la posibilidad de retornar al RPMPD antes de cumplir 47 años de edad; de manera que la administradora del RAIS no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente que conllevara información veraz, oportuna y objetivas que permitieran prever las consecuencias del cambio de régimen; Colpensiones no brindó información sobre el traslado; en junio de 2018 Porvenir S.A. elaboró proyección pensional en la que determinó que el monto de la primera mesada correspondería a \$1.018.700, mientras que de continuar en Colpensiones el monto ascendería a \$2.696.392; luego solicitó a las demandadas a activación de la afiliación en prima media, sin que accedieran a ellos.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones (fls. 85 a 98 del archivo 01 C.D. fl. 2), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, la afiliación al RPMPD la reclamación y la respuesta desfavorable a la activa; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.*

*Porvenir S.A., dentro del término legal (fls. 163 a 138 del archivo 01. del C.D. de folio 2), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa AFP, la petición de ineficacia del traslado y la respuesta negativa, sobre los demás dijo no ser ciertos y no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 2), que declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPMPD por medio de Porvenir S.A., en consecuencia condenó a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivos de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, juntos con los frutos, intereses y rendimientos, debiendo reintegrar a costa de su patrimonio los deterioros sufridos en lo recursos administrados debidamente indexados, incluidos los gastos de administración y primas de seguro; ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación y corregir la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas al fondo de pensiones.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. aduce que la demandante se trasladó en el año 1996, data para la cual la única exigencia para que procediera el cambio de régimen era la suscripción del formulario de afiliación tal y como lo hizo la demandante, sin que mediara coacción para ello, ya que se le suministró la información necesaria previo a la rúbrica del ya referido formulario; también se aparta de la orden de devolución de los gastos de administración asumiendo la AFP el deterioro del bien administrado, sin que se hubiere demostrado deterioro alguno, por el contrario existió un buen manejo debido a que se causaron rendimientos.*

*Colpensiones considera que no se dio valor probatorio al formulario de afiliación ni a la confesión de la activa en el interrogatorio en la que reconoció que se le brindó asesoría; la ausencia de información no es la motivación de la actora para regresar al RPMPD, sino el monto de la mesada pensional, aunado a que recibir a la demandante en el régimen administrado por Colpensiones llevaría a la descapitalización del sistema.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las demandas presentaron alegatos en esta instancia, en los que pidieron revocar totalmente la sentencia, mientras que el extremo demandante solicitó confirmar la decisión objeto dealzada.*

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

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteada por las demandadas, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan.*

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES*

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre*

*en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “Porvenir no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información, veraz, oportuna pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*“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 los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 21 de marzo de 1996 con efectividad desde el 1º de mayo de la misma anualidad (fl. 186 archivo 01 Cd. fl 2). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que en marzo de 1996 dos asesores del fondo de pensiones se acercaron al hospital en el que laboraba, allí los señores procedieron a indicar que el ISS por la crisis se iba acabar e iban a perder el tiempo cotizado, por lo que la mejor opción era el fondo privado en donde la mesada pensional sería superior y las semanas cotizadas no se esfumarían; les dijeron que la AFP iba a administrar los recursos pero no dieron más información en aquella reunión que fue grupal; no se le dijo que podía hacer aportes voluntarios, ni la manera de acceder a la pensión; el formulario solicitaba unos datos personales y allí relacionó el nombre de sus hijas; no recibe extractos de Porvenir S.A.; no recuerda cuales eran los requisitos para la pensión en el ISS; no hizo gestiones para retornar la RPMPD; en 2018 se acercó a Porvenir para conocer cuáles eran los requisitos para pensionarse y le hicieron la proyección pensional y la suma que le suministraron era un poco más del mínimo, lo cual no concuerda con los salarios percibido dentro de los últimos diez de servicios.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional; precisando que contrario a lo manifestado por la recurrente no se evidencia contradicción en las manifestaciones hechas por el demandante en su interrogatorio y las realizadas por el testigo, por el contrario son claras y coincidentes en cuanto las circunstancias de modo y lugar en que se produjo la afiliación de la actora a la AFP .*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud*

*de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 182 archivo 01 Cd. fl 2 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 182 archivo 01 Cd. fl 2 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

*Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:*

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los*

*alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.*

*Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

*demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.*

*En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva, por lo que no son atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal*

trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

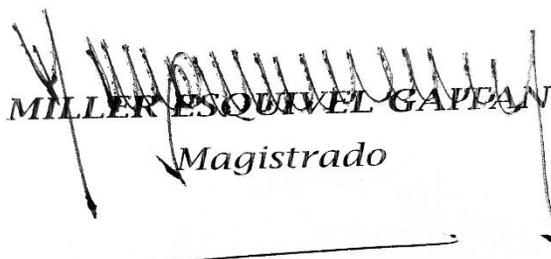
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada y consultada.

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2021, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Luis Hernando Rodríguez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Colfondos S.A.*

*Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare nulo el traslado a Porvenir S.A., así como la vinculación posterior a Colfondos S.A., en consecuencia, se ordene retrotraigan los efectos y se ordene a Colpensiones a tenerlo como afiliado, lo ultra y extra petita y se condene al pago de costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 5 a 7 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 23 de mayo de 1958; se vinculó a Porvenir S.A. el 12 de marzo de 1997; no se le brindó información clara completa y oportuna de las ventajas y desventajas en cada uno de los regímenes; luego se cambió al fondo de pensiones Colfondos S.A. el 17 de mayo de 2002; los fondos de pensiones tienen la carga de demostrar que brindaron la información; Colfondos S.A. elaboró una simulación pensional en la que se determinó que la mesada pensional en el RPMPD sería superior en comparación a la que percibiría en el RAIS; solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado, administradora que despachó desfavorable la petición.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A. dio contestación oponiéndose a las pretensiones, de los hechos, aceptó: el natalicio del actor, su vinculación a ese fondo de pensiones y la simulación pensional, sobre los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Como medios de defensa propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la innominada o genérica, compensación y pago.*

*Colpensiones (fls. 125 a 140 del expediente), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento del demandante, el traslado a Porvenir S.A., la reclamación y la respuesta desfavorable al actor; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de*

*proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.*

*Porvenir S.A., dentro del término legal (folios 165 a 187), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP. Como medios de defensa propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl.327), en la que declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada por el actor a través de Porvenir S.A. el 12 de marzo de 1997, en su lugar para todos los efectos legales, nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los frutos e intereses, esto es los rendimientos financieros que se hubieren causado y lo descontado como gastos de administración; a Colpensiones, a activar la afiliación del señor, recibir los dineros trasladados y tenerlos como semanas debidamente cotizadas, debiendo actualizar su historia laboral, declaró no probada la excepción de prescripción; sin condenas en costas.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. estima que el demandante recibió una información clara para proceder al cambio de régimen pensional, sin que se valorara el consentimiento dado por el demandante el cual se expresó con la rúbrica en el formulario; tampoco procede la devolución de los gastos de administración ya que en el RPMPD también se realiza dicho cobro, por lo que en este asunto lo que procede son las restituciones mutuas, ya que devolver esta suma de dinero se estaría ante un enriquecimiento sin justa causa.*

*Colpensiones considera que la voluntad de permanecer en el RAIS fue objeto de ratificación con el traslado horizontal a Colfondos S.A., aunado a que el actor se encuentra inmerso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los que reiteró el recurso incoado y agregó que el demandante nunca se preocupó por conocer aspectos relevantes para él, situación que pretende sanear a través del trámite del asunto.*

*A su turno, la parte actora pidió se confirme la decisión de primer grado, en tanto los presupuestos jurisprudenciales se encuentran acreditados.*

#### CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan.*

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Previamente, la Sala estima necesario referirse a lo manifestado por Colpensiones, en la apelación referente a la restricción del derecho al traslado de la demandante, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante Luis Hernando Rodríguez cuenta con 63 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 23 de mayo de 1958, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 10), lo cual fue aceptado por las demandadas; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por el*

*demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 12 de marzo de 1997 con efectividad desde el 1° de mayo del mismo año (fl 226), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES*

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "el asesor comercial no brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el sistema del régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*“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 los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa*

*de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 12 de marzo de 1997 con efectividad desde el 1° de mayo del mismo año (fl 226). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que a la firma del formulario se encontraba acompañado de una asesora comercial que le dijo que podía pensionarse más joven, que la pensión sería más alta a la del seguro social, que se iba a acabar debido a que era malo; no le explicó si la pensión era heredable ni que podía ejercer el derecho de retracto, confió en lo que la asesora le dijo, por ello no presentó queja por la falta de información; no le contó de dónde iba a salir el dinero con el que se iba a pensionar; se cambió a Colfondos S.A. a causa de que se le hizo saber que le harían “mantener más la pensión”; no se acuerda si las semanas cotizadas al otrora ISS pasaron a Porvenir S.A.; no recibió extractos; mientras estuvo fuera del país continuó cotizando; la afiliación no fue una orden, tenía la opción de elegir entre Porvenir S.A. y Colfondos S.A.; luego de la vinculación no tuvo asesoría; en los últimos tres años fue cuando empezó a ir a la oficina de Colfondos S.A. y así fue como accedió a una proyección de su mesada pensional; no leyó todo el formulario de afiliación.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional; precisando que contrario a lo manifestado por la recurrente no se*

*evidencia contradicción en las manifestaciones hechas por el demandante en su interrogatorio y las realizadas por el testigo, por el contrario son claras y coincidentes en cuanto las circunstancias de modo y lugar en que se produjo la afiliación del acto a la AFP.*

*Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en marzo de 1997. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 12 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 12 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

*Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:*

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen del promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.*

*Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.*

*En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A. y Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente;*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

*circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva, por lo que no son atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.*

*No puede considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

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

RESUELVE

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada y consultada.

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE IVON STELLA FONSECA GUTIÉRREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 7 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Ivon Stella Fonseca Gutiérrez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para que se declare la ineficacia del traslado al fondo de pensiones, en consecuencia se ordene a la AFP a retornar a Colpensiones la*

*afiliación de la activa, así como todos los valores, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, lo probado ultra y extra petita y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 3 a 5, en los que en síntesis se indica que: nació el 26 de mayo de 1966; cotizó al ISS 258,71 semanas del 1º de enero de 1986 al 31 de octubre del 2000, data para la cual se vinculó a la AFP Colfondos S.A.; al momento del traslado no se no se expusieron las ventajas y desventajas del cambio de régimen; para abril de 2019 acumulaba 1127 semanas; en febrero de 2019 elevó petición ante las enjuiciadas para retornar al régimen administrado por Colpensiones, pero ambas resolvieron desfavorable la solicitud; Colfondos luego de elaborar una proyección pensional le indicó que el capital en la cuenta de ahorro individual era insuficiente para sufragar una pensión, mientras que de haber permanecido en el régimen público, la prestación ascendería a \$1.783.578.*

#### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, dentro del término legal (fls. 110 a 117), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al RPMPD, las semanas cotizadas la petición de nulidad del traslado y la respuesta negativa. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.*

*A su turno, la AFP Colfondos S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folio 133 del expediente, en el que se allanó a las pretensiones encaminadas a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación o traslado al RAIS en atención a lo previsto en el art. 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del C.P.T. y S.S. y pide que no se le imponga condena en costas.*

#### *FALLO DE PRIMERA INSTANCIA*

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 138), en la que declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante a la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los bonos, rendimientos financieros y gastos de administración y a ésta última a aceptar el traslado y las sumas transferidas. Declarar no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre por considerar que se vulnera la sostenibilidad financiera del sistema con el traslado de la demandante, aunado a que se valoró de manera inadecuada la prueba, ya que la demandante se le explicaron las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, teniendo como único descontento el valor de la mesada final.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora presentó alegatos en esta instancia, en los que solicitó se confirme la decisión de primer grado.*

*A su vez, Colpensiones adujo que el extremo demandante no acreditó las omisiones en las que incurrió la AFP, sin que se demostrara vicio de consentimiento alguno, motivo por el que procede la revocatoria de la decisión objeto de alzada.*

#### *CONSIDERACIONES*

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteada por Colpensiones y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan.*

## DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

*Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que hubo una indebida valoración probatoria ya que se demostró la AFP cumplió con el deber de información; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico. En este sentido, se hace preciso destacar que desde la contestación de la demanda Colfondos S.A. se allanó a las pretensiones por lo que el juez de primera instancia declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Colfondos S.A. realizada el 11 de octubre del 2000 (fl. 51). Por lo que la alzada se restringe a revisar la alegación del desequilibrio económico y la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis del fondo de pensiones Colfondos S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, situación que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo; sin que tenga por qué subvencionarse con dicho dineros la pensión de otros afiliados. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

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

#### **RESUELVE**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

**Segundo.-** *Costas de la instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ FERNANDO ÁLVAREZ BUSTAMANTE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*SENTENCIA*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

*ANTECEDENTES*

*José Fernando Álvarez Bustamante, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 11 de diciembre de 2017,*

*de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios, lo probado ultra y extra petita y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 y ss del expediente en los que en síntesis se indica que: nació el 16 de octubre de 1959; laboró como empleado del Banco de Bogotá, del 20 de marzo de 1979 al 5 de mayo de 2014, de manera continua, lapso en el que efectuó aportes al ISS; Colpensiones expidió en 2017 certificación en la que indica que no está percibiendo pensión en el RPMPD, ni un BEPS; tiene un total de 35 años, 1 mes y 11 días cotizados durante toda su vida laboral; por medio de resolución SUB 27940 del 31 de enero de 2018, le fue negado el reconocimiento pensional; interpuso recursos de reposición y, en subsidio, de apelación, los cuales fueron resueltos desfavorablemente, a través de los actos administrativos SUB 65930 del 9 de marzo de 2018 y DIR 5698 del 16 de marzo de 2018, al señalar que no era beneficiario del régimen de transición.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (C.D. fl. 2 archivo 02.); en cuanto a los hechos los acepto en su mayoría, excepto los relacionado con la vinculación laboral con el Banco de Bogotá, lo cual no le consta. Propuso como medios de defensa las excepciones que denominó “inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los lineamientos del artículo 26 de la ley 100 de 1993”, “inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios es indexación”, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2) en la que absolvió a la*

*demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas al demandante.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación, porque considera que cuenta con el número de semanas necesarias para ser beneficiario del régimen de transición, por lo que procede el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada presentó alegatos en esta instancia, en los que solicita la decisión de instancia, puesto que el actor no acredita la edad necesaria para acceder a la prestación deprecada.*

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

*Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.*

#### *RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN DE VEJEZ*

*Comoquiera que el demandante reclama que se declare que es beneficiario del régimen de transición y el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmerso en el régimen contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.*

*Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que*

*cumple el demandante toda vez que para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, acreditaba 15 años de servicios, ya que contaba con 756,71 semanas tal y como se observa en su historia laboral incorporada en la carpeta 02. Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por estar afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1979.*

*Ahora, en los términos de la norma en cita, el demandante accedería a la pensión de vejez a los 60 años de edad por ser hombre y 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que el accionante acredita un total de 1.790,57 semanas de cotización en toda su vida laboral, esto es, desde el 20 de marzo de 1979 hasta el ciclo de mayo de 2014; empero, el requisito de edad tan sólo lo acreditó el 16 de octubre de 2019 (ver copia de la cédula de ciudadanía fl. 14).*

*En consecuencia, pese a que el régimen de transición se le hizo extensivo más allá del 31 de julio de 2010, por cuanto a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005) superaba las 750 semanas de aportes, lo cierto es que el límite temporal establecido en el referido acto legislativo para completar los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 finalizó el 31 de diciembre de 2014; sin que dentro de ese plazo hubiese acreditado el condicionamiento de los 60 años de edad para acceder al derecho deprecado.*

*Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado; no sin antes recordar que el demandante tampoco cumple con las exigencias del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, debido a que para la anualidad a la fecha tampoco cuenta con los 62 años de edad exigidos por la referida disposición.*

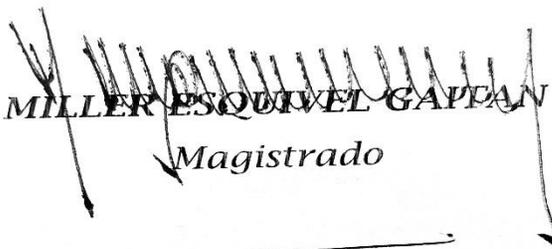
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.

**Segundo.-** Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.

  
**MILLER ESQUIVEL GALDAN**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN LILIA AHUMADA CENDALES CONTRA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GRUPO LABORAL SALUD IPS Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA, HUS - UNIDAD FUNCIONAL DE ZIPAQUIRÁ*

*En Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, los Magistrado que integran la Sala de Tercera de Decisión de la Sala Laboral la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia proferida el 6 de abril de 2021, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

**A N T E C E D E N T E S**

*Carmen Lilia Ahumada Cendales, por medio de apoderado judicial, demandó a la Cooperativa de Trabajo Asociado Grupo Laboral Salud IPS y a la E.S.E. Hospital Universitario de la Samaritana, para que previos los trámites del proceso ordinario se declare la existencia de un contrato de trabajo con la cooperativa. En consecuencia, se condene a la cooperativa a pagar las*

*cesantías, sus intereses, primas de servicios, vacaciones, aportes en salud, pensión y riesgos profesionales, la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, la sanción moratoria; igualmente, se condene de manera solidaria al HUS al tenor del artículo 34 ibídem, respecto de las resultas del proceso; lo ultra y extra petita y se condene al pago de costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 5 a 7 y 38, en los que en síntesis indicó que: el HUS tiene como objeto social la prestación de servicios de salud en especial promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación; su dirección la tienen la junta directiva y el gerente; entre las funciones de la dirección se encuentran las de definir la estrategia del servicio, destinar recursos, adoptar y adaptar formas de eficiencia y calidad; el personal vinculado al hospital tienen la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales, el gerente no puede ser contratado por medio de cooperativas; la cooperativa enjuiciada tiene como objeto el de generar y mantener trabajo para los asociados con autonomía, autodeterminación y autogobierno para la atención exclusiva de los servicios de salud, las demandadas suscribieron contrato en el cual la cooperativa manejaría el área administrativa y asistencial del nosocomio, manteniendo este último la propiedad, junto con lo que se deriva de ello, como lo son el ordenamiento del gasto y decisiones sobre las utilidades; la cooperativa vinculó a la actora como asociada para que prestara sus servicios de manera personal como jefe de enfermería desde el 24 de diciembre de 2009, percibiendo como último salario la suma de \$2.000.000, el cargo desempeñado es permanente en el sanatorio, a más que el beneficiario del servicio era aquel, por orden de directa de los supervisores de la cooperativa realizó labores para las cuales no fue contratada incurriendo con ello en gastos adicionales, sin que se rembolsara su costo; desempeñaba el cargo de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. de lunes a viernes y dos sábados al mes hasta cumplir con 192 horas; no se le citó a las asambleas generales de asociados, tampoco recibió reparto de utilidades, se le descontaba por la cooperativa el pago de las horas no cumplidas; debido a circunstancias constitutivas de acoso laboral renunció el 30 de noviembre de 2015, data en la que no se le cancelaron las prestaciones sociales por el tiempo del nexo laboral; el HUS "utilizó" a la*

*cooperativa para descentralizar sus funciones conservando mando y dirección; se agotó vía gubernativa.*

#### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la Cooperativa Trabajo Asociado Grupo Laboral Salud IPS, en forma legal y oportuna (folios 298 a 320), se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos negó la existencia de un contrato de trabajo debido a que la actora fue asociada a la cooperativa del 24 de diciembre de 2009 al 30 de noviembre de 2015, que el objeto social de la cooperativa además de generar y mantener el trabajo para los asociados también previó la prestación de los servicios de salud que tenga habilitados o en concurrencia con otros prestadores que “declaren los servicios”, que el HUS contrató con la cooperativa el desarrollo de procesos empresariales especializados en el área de la salud humana, apoyo diagnóstico, terapéutico y servicios afines y complementarios a la prestación de servicios de salud de la Unidad Funcional de Zipaquirá; el hospital conservó la propiedad y funciones del plan de desarrollo; la señora Carmen Lilia recibió como última compensación básica \$945.000 por 174 horas de trabajo, \$781.981 como ayudas y auxilios, bonificación anual proporcional de \$117.008, bonificación semestral proporcional de \$85.096 y rendimiento de bonificación anual \$14.041 para un total de \$1.868.000 luego de aplicadas las deducciones; las funciones asignadas lo fueron por la cooperativa ya que la señora Ahumada Cendales hizo su aporte cooperativo de manera personal de conformidad con el convenio celebrado en 2009, el horario para el aporte era de lunes a viernes y dos sábados al mes hasta completar 192 horas acordadas entre las partes. Propuso como excepciones perentorias las de inexistencia de contrato laboral e inexistencia de las obligaciones que se pretenden atribuir en el proceso a cargo de la cooperativa demandada, cobro de lo no debido, mala fe por parte de la demandante, buena fe de la cooperativa, no aplicabilidad del CST y pago de lo debido según normas aplicables, prescripción y compensación.*

*Mediante proveído del 16 de mayo de 2019 (fl. 341) se tuvo por no contestada la demanda a la ESE Hospital Universitario de la Samaritana, HUS - Unidad Funcional de Zipaquirá.*

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 395), en la que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas, declaró probada la excepción de inexistencia del contrato laboral e inexistencia de las obligaciones que se pretenden atribuir en el proceso a cargo de la cooperativa demandada y condenó en costas a la actora en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.*

### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación solicitando revocar en su totalidad de la sentencia en aplicación a los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades y la irrenunciabilidad de los derechos, puesto que a partir de los mismos debió valorarse integralmente las pruebas, no sólo limitarse a los acuerdos cooperativos, sino que además debió tener en cuenta la actividad que desarrollaba la demandante, de la que se extrae que la cooperativa fue usada para encubrir la relación laboral que perduró por más de 5 años por lo que se superó el término legal para contratar actividades misionales transitorias, así mismo, la señora Aura María declaró que la cooperativa ejecutó todas las actividades que el hospital ordenó.*

### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la la ESE Hospital Universitario de la Samaritana, HUS - Unidad Funcional de Zipaquirá presentó alegatos en esta instancia, en lo que en síntesis solicitó la confirmación de la sentencia de primer grado, en tanto de los medios de prueba es posible colegir con suficiencia que la demandante prestó sus servicios en calidad de asociada a una CTA dentro de los extremos laborales que alega en la demanda.*

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

### NEXO LABORAL

*La controversia en esta instancia se circunscribe a establecer, en primer lugar, la naturaleza del vínculo entre el demandante y la CTA y, en caso de que la misma sea de carácter laboral subordinada y no asociativa, definir la procedencia de las condenas reclamadas por el actor, así como la responsabilidad de las enjuiciadas en el reconocimiento y pago de las mismas.*

*Pues bien, la Ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 de 2006 regulan lo concerniente a las Cooperativas de Trabajo Asociado, por lo que es preciso mencionar algunos aspectos característicos de estas organizaciones. De acuerdo con el artículo 4 de la citada Ley y el artículo 1º del referido Decreto, se trata de empresas asociativas sin ánimo de lucro, que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria. Conforme al artículo 5 de la Ley, nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.*

*En las Cooperativas de Trabajo Asociado los aportantes de capital son al mismo tiempo trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo de previsión, seguridad social y compensación, es el establecido en los estatutos y reglamentos, en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no están sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, razón que a su vez justifica que las diferencias que surjan se sometan al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.*

*Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, se hacen teniendo en cuenta*

*la función del trabajador, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.*

*El trabajo asociado cooperativo es pues, la actividad libre, autogestionaria, física, material o intelectual o científica, que desarrolla en forma autónoma un grupo de personas naturales que han acordado asociarse solidariamente, fijando sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales autogobiernan sus relaciones, con la finalidad de generar empresa. El trabajo asociado cooperativo se rige por sus propios estatutos; en consecuencia, no le es aplicable la legislación laboral ordinaria que regula el trabajo dependiente. Es, entonces, un régimen especial de prestación de servicios creado por el legislador no sometido a ley laboral.*

*Ahora bien, el demandante reclama la declaración de existencia de una verdadera relación de trabajo subordinado o dependiente con la CTA demandada y, derivada de esa declaración, la imposición de condenas por concepto de acreencias laborales reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo.*

*Bajo los anteriores derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. A folios 79 a 101 figura copia de los estatutos de la cooperativa, en los que se resalta:*

*“ARTÍCULO 1°. Para todos los efectos legales, la persona jurídica que se rige por los presentes estatutos en adelante se llamará COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GRUPO LABORAL SALUD. La entidad es una empresa cooperativa de trabajo asociado, especializada en el área de salud, sin ánimo de grupo, perteneciente al sector solidario de la economía, enmarcada dentro de los llamados grupos de práctica profesional en la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias, de responsabilidad limitada (...)*

*ARTÍCULO 5°. El objeto social de la Cooperativa es generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, trabajo que la Cooperativa organizará con el fin de realizar actividad socioeconómica consistente en la prestación de servicios propios de la atención de salud. Servicios de salud ocupacional, higiene y seguridad industrial, respecto de los cuales cumpla condiciones de habilitación, o en concurrencia con otros prestadores que declaren los servicios”.*

*A folios 102 a 118 se observa el Régimen de Trabajo Asociado y Compensaciones de la CTA, el cual definió, en lo que interesa al proceso lo siguiente:*

*“ARTÍCULO 8°. Independientemente de su condición de cooperado y coparticipe de la Cooperativa, el Trabajador Asociado aceptará asistencia de autoridades superiores, determinadas por la Gerencia General, a las cuales está sujeto, quienes organizarán el Trabajo Asociado, dirigirán la ejecución de sus funciones, impartirán las instrucciones pertinentes, garantizarán el orden de la Cooperativa y ejecutarán la función disciplinaria sin perjuicio del derecho a la crítica seria, respetuosa y responsable que el Trabajador Asociado tiene frente a dichas autoridades.*

*(...)*

*ARTÍCULO 11. El asociado vinculará su trabajo solo cuando exista un puesto disponible, que permita aportar su fuerza laboral personalmente con las aptitudes, capacidad y disponibilidad y que ellas coinciden con los requerimientos del cargo previsto en la organización de puestos de la Cooperativa.*

*Asimismo, fueron aportadas las restantes pruebas documentales: copia del carnet en el que se le identifica como enfermera jefe y cuenta con la leyenda “El portador de este carnet es ASOCIADO ACTIVO de la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD y se encuentra autorizado ante la UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ” (fl. 26); copias de las solicitudes de aceptación como asociada a la cooperativa (fl. 121), convenio de trabajo cooperativo asociado (122 y 123), otrosí al convenio de trabajo cooperativo asociado (fl. 124), terminación unilateral del contrato suscrita por Carmen Lilia (fl. 125) en la que se refiere: “me permito manifestar mi deseo de no continuar con el convenio de trabajo cooperativo asociado vigente, para el día 30 de noviembre de 2015, las razones que fundamentan mi solicitud se basan en razones personales y familiares”; aceptación de la solicitud de desasociación (fl. 126); planillas de pago de aportes (fls. 133 a 139); comprobantes de pago de compensaciones de diciembre de 2014 y noviembre de 2015 (fls 140 a 163); liquidación ahorro vacaciones (fl. 164) y la solicitud de pago de aquel (fl. 165); liquidación definitiva de ahorros (fl. 167 a 172), actas de capacitación en economía solidaria incorporadas en el C.D. fl. 393 carpeta documentos archivo 10. Pruebas de oficio.*

*La demandante al absolver interrogatorio de parte aceptó haber sido asociada de la CTA desde diciembre de 2009, por medio de un convenio de trabajo cooperativo y luego ella misma dio por terminado tal acuerdo; realizó aportes estatutarios que le eran descontados de la compensación, los cuales percibió a la terminación del vínculo, también de manera mensual recibió compensaciones que incluían las compensaciones trimestrales y anuales. Finalmente, señaló que no asistió a un curso cooperativo, asambleas u alguna clase de evento grupal, ni percibió excedentes.*

*Ahora el testimonio de la señora **Ana Judith Quintero** fue en ocasiones contradictorio, inicialmente dijo que ella (la deponente) había suscrito contrato de trabajo a término indefinido el 12 de diciembre de 2009 con la CTA, pero en una respuesta posterior afirmó que era asociada a la cooperativa, incluso señaló sin dubitación alguna que la demandante suscribió contrato con la CTA aquí enjuiciada el 24 de diciembre de 2009 y que le consta porque ella firmó contrato el mismo día, luego al ser interrogada por la juez, adujo que sólo suscribió un contrato de asociación con la CTA, y que supo que la demandante también tuvo uno porque le dijo, “voy a firmar contrato”. Aseguró que la demandante fue su jefe en el año 2016 pero luego comentó que la activa le dijo que había renunciado porque se cansó de que la sabotearan y esa renuncia fue el 30 de noviembre de 2015, al ser preguntada por la apoderada de la cooperativa por la imprecisión, dijo que no tenía las fechas claras. Lo que evidencia para esta corporación la ausencia de espontaneidad en la declaración. Por lo demás, la testigo contó que la demandante era la jefe, ejercía sus funciones en el día, de manera personal, pero que era coordinada por la señora Martha Gómez que era la líder de todos los jefes de enfermería, en razón a que también estaba vinculada a la Cooperativa. Dentro de las funciones de la demandante estaban las de manejar personal, administrar medicamentos, estar al día en el programa de maternas, incluso asignaba pacientes y la labor a realizar. Desconoce si la señora Carmen Lilia acudió a las asambleas, o le realizaban descuentos, o se hizo presente en las capacitaciones para prestar el servicio cooperativo, o le entregaban dotaciones.*

*A su vez, la testigo **Aura María Gómez Suárez** se desempeñó como coordinadora de proyectos de la unidad Zipaquirá, estuvo presente en el proceso de asociación de la accionante, quien luego de solicitar la vinculación, entregó la hoja de vida, se verificó que cumpliera con el perfil, por lo que se procedió a capacitarla en el sistema de compensación y se le designó como enfermera jefe de Zipaquirá. Tomar el curso de cooperativismos es voluntario por lo que no se impuso sanción alguna, cuando no lo tomó, pese a que se facilitó la toma de aquel en la unidad médica en varias oportunidades, en las que se citó a los asociados a través de los parlantes. La CTA contaba con cuatro coordinaciones para cumplir con los compromisos adquiridos con el*

*nosocomio, por lo que eran las encargadas de establecer las funciones y el lugar en el que el asociado cumpliría con las mismas; la demandante recibía una compensación mensual y en ella se incluía la compensación anual y la semestral, además de los intereses de la primera, ello se pagaba así, debido a que una asamblea la mayoría de los asociados pidió que se hiciera de esa manera; al ser asociada de la CTA tenía derecho a participar en las actividades de bienestar, afiliarse al sistema de seguridad social en salud, recibir el pago de excedentes y las compensaciones, así como también tenía obligaciones, tales como desarrollar la actividad de manera personal y pagar el ahorro estatutario, eso se les comunicaba desde la inducción e incluso se realizaron re inducciones y en ambas oportunidades lo hizo la testigo; ante la ausencia de un asociado, las coordinaciones determinaban quien debía cubrir aquella; y la testigo **Rosa Fabiola Ahumada Vega**, adujo que trabajó con la cooperativa durante nueve años, y cree que la demandante fue su jefe entre 2014 y 2015; no les dieron inducción acerca de la cooperativa, no recuerda reemplazos, la demandante recibía partos, recibía los pedidos y lo que los médicos le pedían, la jefe Martha era la que órdenes y eso lo sabe porque Carmen Lilia decía: le jefe Martha Manda a decir: Ahumada Vega tenía horario de 7:00 a.m. a 1.00 p.m., mediante una máquina se registraba la entrada y la salida pero no sabe a partir de cuándo pusieron el "huellero", no les dieron vacaciones, las jefes decían que no les daban dotación, los elementos para la labor los daba la CTA, algunas veces por los parlantes les llamaban a reuniones; no tiene demandan contra grupo laboral.*

*En suma, advierte la Sala que la ejecución de las actividades desarrolladas por la demandante durante su pertenencia a la CTA, como las ejecutadas por ésta se ajustaron a las previsiones reglamentarias, las cuales a su vez guardaban correspondencia con las disposiciones legales vigentes para la época, conclusión que se refuerza al analizar los documentos anteriormente referidos, sin que pueda predicarse una relación de trabajo a causa de las actividades de coordinación y supervisión que eventualmente pudieron ejercer otros miembros de la cooperativa, ello en atención a la naturaleza del servicio que prestaban que no era otro que el de salud, el cual comporta atención a pacientes, por lo que resultaría ilógico que aquella labor se ejecutara de manera indiscriminada sin ningún tipo de organización o*

*coordinación para suministro de medicamentos, procedimientos e incluso suplir ausencias con otro miembro asociado.*

*En conclusión, como se vislumbra desde el libelo introductorio, la relación entre el demandante y la CTA se ajustaron a las disposiciones reglamentarias y legales correspondientes como trabajador asociado, sin que se configurará una relación de trabajo subordinada y dependiente, por lo que la Sala confirmara la decisión recurrida.*

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

**RESUELVE**

*Primero.- Confirmar la sentencia apelada.*

*Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000.00 por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese y Cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE CRISTHIAN DAVID NARVÁEZ ACOSTA CONTRA TASK FORCE  
CONSULTING S.A.S.*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021),  
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para  
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la  
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la  
sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del  
Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*Cristhian David Narváez Acosta, por intermedio de apoderado judicial, demandó  
a Task Force Consulting S.A.S., para que se declare la existencia de un contrato de  
trabajo vigente del 31 de octubre de 2018 al 17 de mayo de 2019 y la ilegalidad  
de los descuentos realizados por la encartada, en consecuencia, se condene a la  
reliquidación con el salario real de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes*

*en pensión, salario de los días 16 y 17 de mayo de 2019, la sanción moratoria y las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: prestó servicios a la demandada a partir del 31 de octubre de 2018 en el cargo de desarrollador senior PHP MVC, con un salario inicial de \$1.500.000; el empleador le “obligó” a tomar el “curso blockchain” el cual no le aportaba nada al trabajador y tenía la única finalidad de “ejecutar lo enseñado con nuevo cliente”, la capacitación tenía un valor de \$1.750.000, el cual pagó la empresa de manera directa a la Universidad Nacional; con ocasión a ello se le “obligó” a suscribir una cláusula ilegal de pago junto con un pagaré en blanco, a partir del 16 de diciembre de 2018 el salario aumentó a \$3.000.000, de los cuales \$850.000 tuvieron un nombre diferente, sin que se tuviera en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social, por lo que se efectuaron con un salario inferior al real; dentro del contrato de trabajo se incluyó la cláusula penal; el nexo laboral finalizó el 17 de mayo de 2019 por renuncia; de la liquidación final se descontaron los conceptos de cláusula de permanencia y curso blockchain, este último en suma de \$2.000.000.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 42 a 61); en cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo en los extremos alegados en la demanda, la finalización por renuncia del extrabajador, el cargo que desempeñó, el salario de \$1.500.000, el cargo desempeñado por el actor y el lugar de prestación del servicio; sobre los restantes manifestó que no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe por parte de la demandada, mala fe por parte de la demandante, falta de causa petendi, y compensación.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la*

*sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 124) en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 31 de octubre de 2018 al 17 de mayo de 2019; declaró como factor salarial el concepto denominado plan general de beneficios o PGB, por tanto, condenó a la demandada al pago de las diferencias por los conceptos de: a) \$56.667 salarios de los días 16 y 17 de mayo de 2019; b) prima de servicios \$567.104, c) cesantías \$496.063, d) intereses a las cesantías del año 2018, e) vacaciones \$233.750; y f) la indemnización moratoria en suma de \$100.000 a partir del 18 de mayo de 2019 y hasta por veinticuatro meses, y en adelante, el empleador deberá sufragar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas por prestaciones sociales y salarios; igualmente condenó el pago de las diferencias en las cotizaciones a pensión teniendo en cuenta para ello un IBC de \$3.000.000; declaró ineficaz la cláusula penal del ordinal segundo del contrato de trabajo y ordenó a la sociedad a devolver las deducciones de la liquidación final de prestaciones en suma de \$3.312.464, a título de cláusula de permanencia; y \$300.000 por curso blockchain; absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada en suma de un salario mínimo legal mensual vigente.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora sostiene que el trabajador no puede ser partícipe de la perdidas del empleador, por lo que no es procedente el descuento del curso blockchain, máxime cuando esa capacitación no benefició en nada al entonces trabajador, tal y como lo señalaron las testigos Viviana Figueroa y Paula Andrea Hernández, ya que aquel era un tema exclusivo de la empresa, así que aun cuando hubiere acordado con el empleador para recibir el curso, en virtud de la subordinación a efecto de crecer dentro de la compañía se vio obligado a suscribirlo.*

*Por su parte, el extremo demandando adujo oponerse a la totalidad de las condenas, toda vez que el artículo 128 del CST permite pactar con el trabajador los valores no constitutivos de salario, lo cual acaeció en el presente asunto, lo cual fue de conocimiento del trabajador desde el proceso de selección y previa firma del contrato de trabajo, aceptando la exclusión, sin presentar inconformidad u oposición en vigencia del contrato ni a su finalización. A más*

*que si los rubros aunque fueron habituales, se cancelaron por voluntad del empleador por lo que no hacen parte del salario, de manera que no existió mala fe, por lo que, en caso de mantenerse la inclusión salarial, debe reconsiderarse la condena del artículo 65 CST y las costas impuestas; De los descuentos efectuados por clausula penal, debe entenderse su ineficacia sólo opera en vigencia del contrato sin que tenga validez a su terminación, sin embargo, no se dio aplicación a esa estipulación, en cambio sí se hicieron efectivas las concernientes a la de permanencia y descuento blockchain, los cuales procedieron por acuerdo entre las partes sin que con ello se violen derechos mínimos.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia y en caso de que el sentido de la decisión permanezca, se proceda a modificar la condena por sanción moratoria en atención a que siempre obró de buena fe, debido a que siempre consideró obrar de conformidad a las normas existentes.*

#### CONSIDERACIONES

*Atendiendo a lo previsto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las partes al momento de sustentar su recurso de apelación.*

#### EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO - SALARIO DEVENGADO

*No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 31 de octubre de 2018 y el 17 de mayo de 2019, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de “desarrollador senior”; lo anterior encuentra respaldo probatorio en el contrato de trabajo (fls. 14 a 18), la carta de renuncia (fl. 26) y la liquidación final de la salarios y prestaciones (fl. 27) así como en lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda. Supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.*

*El primer reparo del recurrente se centra en que no puede reconocérsele incidencia salarial del concepto plan general de beneficios/PBG que le fuera otorgado al promotor de la litis, dado que fue pagado por mera liberalidad, no correspondía con una contraprestación directa del servicio prestado.*

*Bien, a efecto de resolver el problema jurídico planteado cumple recordar que, con arreglo al artículo 127 del CST, constituye salario no sólo la remuneración fija ordinaria o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. A su vez, en los términos del artículo 128 ibídem, no constituyen salario: (i) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, (ii) lo que perciba en dinero o en especie, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, (iii) las prestaciones contenidas en los Títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo y los auxilios o beneficios habituales u ocasionales que se acuerden contractual o convencionalmente, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie.*

*En este orden, no admite mayor discusión que los pactos de exclusión salarial previstos por el último de los preceptos reseñados, facultan a las partes para restar tal carácter a algunas sumas, beneficios, o auxilios, habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, siempre y cuando hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie, sin que pueda admitirse tal estipulación frente a aquellos conceptos que en forma categórica el artículo 127 ejusdem califica como remunerativos. Así, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de enero de 2011 con radicación 37037, en la que reiteró pronunciamientos anteriores, concluyó “Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, [...]. En estos casos, cualquier cláusula que las partes*

*acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz". (Subrayas en la sentencia)*

*Así, conforme al acervo probatorio se tiene que en el contrato de trabajo firmado entre las partes se estableció como salario mensual la suma de \$1.500.000,00 (fls. 14 a 18). De igual manera, de acuerdo a lo planteado en el hecho 10 y su contestación, el salario del actor varió a partir del 16 de diciembre del 2018, lo que se acompasa con la respuesta al hecho 11 del libelo introductor, en el que la encartada dio contestación en los siguientes términos: "Las partes pactaron de manera verbal y por mera liberalidad del empleador algunos beneficios por productividad, el cual no era constituyente de factor salarial ni prestacional (...)",*

*Aunado a lo anterior, el representante legal de la pasiva, al absolver interrogatorio de parte, aseguró que desde que se ofertó el cargo que ocupó el señor Narvárez Acosta se comunicó la existencia de un salario básico y un plan de beneficios por productividad/PGB, situación que se recalcó en la entrevista, por cuanto la regla general en la empresa es el pago de un básico más un incentivo por rendimiento o resultados que se cancelan a todos los empleados, cuando realizan el trabajo en forma correcta, pero no siempre aplicaban el "no pago" incluso cuando incumplían las metas procedían a cancelar el beneficio, para que no se desanimaran.*

*A su turno, el actor al absolver interrogatorio de parte, indicó que se pactó un pago de \$850.000, el cual no hacía parte del salario, por lo que no se liquidaban prestaciones teniéndolo en cuenta, cuando preguntó a la firma del contrato la causa por la que se anotaba en el documento un valor menor al que iba a percibir, se le dijo que era la manera de pago de la empresa.*

*Se recibieron los testimonios de **Paula Alejandra Hernández Suárez**, directora de proyectos de la pasiva, cargo que desempeñó mientras que el señor Cristhian David, tuvo vínculo vigente con la empresa, aunado a que fue su jefe directa, por lo que previo al ingreso a la compañía le hizo la entrevista y le aclaró que además de los honorarios establecidos contaban con el pago de un PGB, que tenían todos los trabajadores y que para efectos de suscribir el contrato debía estar de acuerdo con esas condiciones; el objetivo del plan general de beneficios era retribuir el cumplimiento de metas por lo que en caso de incumplimiento se evaluaba si se cancelaba o no; el plan de beneficios se pactó de manera verbal; y **Bibiana***

**Figueroa Molina** gerente de desarrollo de negocios, si bien no estaba relacionada directamente con las labores del demandante debía estar al tanto de todos los proyectos de la sociedad; sabe que el plana de PGB se le da a todos los empleados por el cumplimiento de metas y desde el proceso de selección se explica el monto y de que se trata; ella le explicó al demandante el plan general de beneficios, el alcance del cargo, las responsabilidades y la metodología de trabajo; ese PGB lo recibía por adelantar trabajo, agilizar procesos, entregar más rápido, cumplimiento a satisfacción de las tareas; la anterior testimonial fue tachada por el extremo demandante, pero no se observa que aquella no sea una expresión espontanea de las deponentes.

Asimismo, milita el certificado de nómina del extrabajador en cuyo contenido se registran los devengos entre el 31 de octubre de 2018 y el 17 de mayo de 2019 (fls. 103 y 104); en los que se evidencia un pago de “Plan General de Beneficios”, así:

Quincena	Sueldo	Días Trabajados	Base	Plan General de Beneficios
2 <sup>a</sup> quincena octubre 2018	\$1.500.000	1	\$50.000	\$47.060
1 <sup>a</sup> quincena de noviembre de 2018	\$1.500.000	15	\$750.000	\$705.894
2 <sup>a</sup> quincena de noviembre de 2018	\$1.500.000	15	\$750.000	\$705.894
1 <sup>a</sup> quincena de diciembre de 2018	\$1.500.000	15	\$750.000	\$705.894
2 <sup>a</sup> quincena de diciembre de 2018	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
1 <sup>a</sup> quincena de enero de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
2 <sup>a</sup> quincena de enero de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
1 <sup>a</sup> quincena de febrero de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
2 <sup>a</sup> quincena de febrero de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
1 <sup>a</sup> quincena de marzo de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
2 <sup>a</sup> quincena de marzo de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
1 <sup>a</sup> quincena de abril de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
2 <sup>a</sup> quincena de abril de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
1 <sup>a</sup> quincena de mayo de 2019	\$2.150.000	15	\$1.075.000	\$425.000
2 <sup>a</sup> quincena de mayo de 2019	\$2.150.000	2	\$143.333	\$0

Cumple indicar que, el valor adicional al pactado en el contrato de trabajo era pagado de manera habitual, conforme se establece de la transcripción de la certificación y de lo referido por el representante legal de la empresa en su interrogatorio.

*Así, en consideración a los medios de convicción anteriormente reseñados, lo destaca la Sala es que si bien se refiere que el pacto de exclusión fue verbal, en razón a que ese es el manejo que por costumbre da la empresa, sufragando un plan general de beneficios como lo confesó el representante legal de la enjuiciada, cumplieran o no los trabajadores con las metas, es claro, que el rubro pretendía retribuir el esfuerzo del empleado para desarrollar su labor independientemente del resultado de la misma. Frente a la carga de la prueba de tal circunstancia, ha sostenido de manera reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que “por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio” (sentencias SL12220-2017, SL5159-2018 y SL4539-2020).*

*De manera que correspondía al empleador probar que la destinación de los pagos realizados al promotor de la litis, tenían una causa no remunerativa; lo cual no hizo. Y es que, no se aportó ningún medio probatorio tendiente a demostrar que la entrega de dichos dineros obedeciera a una causa distinta a la prestación del servicio; de esta circunstancia, apenas tangencialmente dio cuenta el representante legal de la accionada al absolver interrogatorio de parte, manifestación que no constituye prueba por no ser configurativa de confesión en los términos del numeral 2° del artículo 191 del CGP; tampoco la falta de reclamo de Narváez Acosta durante la relación laboral o a su finalización pueda llegar a configurar una prueba en su contra, como desacertadamente se argumenta en la alzada.*

*Como quiera que no existe discusión sobre los valores condenados en primera instancia a causa de la inclusión del factor salarial, se abstendrá la Sala de pronunciarse al respecto.*

#### *DESCUENTOS A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO*

*La parte demandada también manifestó su reparo en relación con la conclusión de la juez de primera instancia, según la cual resultaba procedente efectuar deducción de la liquidación final de salarios y prestaciones por la cláusula de permanencia y blockchain, sin que para entonces se diera aplicación a la estipulación de carácter penal contenida en el contrato de trabajo.*

*Así mismo, el extremo demandante se muestra inconforme con la decisión adoptada respecto del curso blockchain, en atención a que la falladora consideró que sólo correspondía la devolución de \$300.000, del valor deducido por tal concepto a la finalización del nexo laboral, en atención a que no tuvo ningún provecho para el actor.*

*Frente a esta inconformidad, resulta pertinente señalar que, si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que a la finalización de la relación laboral, el empleador puede hacer exigible el pago de las deudas que el trabajador tenga pendientes al momento de la desvinculación, aunque no exista autorización escrita por parte de éste para hacerlo (sentencia de 20 de octubre de 2010, con radicado N° 38201).*

*En este orden, visible a folios 65 y 66 obra el “CONTRATO DE APOYO ECONÓMICO Y PERMANENCIA” en el que las partes estipularon:*

*“PRIMERA: EL EMPLEADOR brindará a EL TRABAJADOR, un apoyo económico para que curse el “Curso Blockchain - Creación de Contratos Inteligentes de la Unidad de Educación Continua y permanente de la EMPRESA Nacional de Colombia 3era edición del 13 de noviembre de 2018 al 13 de diciembre de 2018” en su modalidad presencial.*

*(...)*

*SEGUNDA: El valor del apoyo económico corresponde a la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/C (\$2.500.000), el cual deberá acreditarse con la factura o comprobante de pago de la matrícula.*

*(...)*

*QUINTA: El pago del capital estimado en la cláusula primera será condonado con el tiempo laborado en la empresa, es decir, EL TRABAJADOR no tendrá que restituir el valor a EL EMPLEADOR, siempre que cumpla con una permanencia en la empresa, aportando los conocimientos adquiridos en el estudio, por un período de veinticinco (25) meses, contados a partir de la obtención de título.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: De no cumplirse el término de permanencia se deberá el valor estimado de la inversión realizada por parte del EMPLEADOR a prorrata de los meses que faltantes para veinticinco (25) meses de que trata la presente cláusula.*

*(...)*

*SEXTA: EL TRABAJADOR de manera libre y espontánea autoriza, de manera expresa e irrevocable, AL EMPLEADOR, para que, en caso de que suceda lo establecido en el párrafo de la cláusula anterior sea descontado el valor estimado de la inversión referida en la cláusula primera, de su salario, indemnización bajo cualquier concepto, de su liquidación final de prestaciones sociales o de las bonificaciones o prestaciones extralegales que llegare a recibir, al momento de la desvinculación laboral por cualquier causa.”*

*También milita a folio 93 “certificado del valor nominal pagado e informe de notas” del 31 de diciembre de 2019 se especifica “(...) nos permitimos certificar que la empresa TASK*

FORCE CONSULTING SAS realizó (2) dos pagos. El primer pago efectuado el 07 de noviembre de 2018 por valor de \$2.500.000 mediante PSE (...) y un segundo pago mediante transferencia bancaria el 13 de noviembre de 2018 por valor de \$1.750.000 desde la cuenta corriente de Task Force Consulting. Este curso tenía un valor nominal de \$2.500.000 para particulares. La Universidad aplicó un descuento del 15% para afiliados de FEDESOF, sin embargo para efecto de la emisión de las facturas (...) y dada la forma como fueron realizados los pagos, se aplicó un descuento del 30% al segundo pago correspondiente a la inscripción de Cristhian David Narváz Acosta. (...) Respecto del registro de asistencia informamos (...) que el señor Cristhian David Narváz Acosta asistió a 14 sesiones (93% de asistencia)”

De igual manera en la liquidación definitiva del contrato de trabajo se incorporan como deducciones los conceptos de cláusula de permanencia \$3.312.464 y Curso blockchain \$2.000.000 (fl. 27).

En el interrogatorio el demandante afirmó que se le el gerente general le dijo que debía participar en el curso, se le exhibe el contrato de apoyo económico y acepta que la firma impresa es de él, que conoció el documento y que no manifestó inconformidad alguna.

Por su parte el representante legal infirió que cuando se pidió a los participantes del curso que compartieran la información fue “desastroso” porque no aprendieron nada, lo que le obligó a hacer otros cursos que fueron los que llevaron a que la compañía se certificara en Fedesoft que es la Federación Nacional de Software y usan blockchain; la invitación para la capacitación en la que participó el demandante fue abierta y cuatro personas se postularon, inicialmente se optó por una sola, pero luego fue el propio Narváz Acosta quien dijo que quería ir, procediendo la empresa la pago independiente de la capacitación.

Ahora, de la prueba testimonial recaudada se extrae que **Paula Alejandra Hernández Suárez** expresó que se llevó a cabo una convocatoria abierta, la cual se comunicó a través de una aplicación propia de la empresa, de modo que en su cargo de jefe de desarrollo procedió a comunicarlo a los desarrolladores activos interesados en tomar el curso blockchain, luego se seleccionaron a aquellos voluntarios con mejor perfil; ella fue la que eligió al demandante, en tanto este tenía conocimiento en tecnología de última generación y un contrato estable que permitiría a la empresa aprovechar la capacitación en la implementación de herramientas, en comparación con otros dos participantes de la convocatoria que ya habían señalado la intención de finalizar el nexo con Task; la formación del

*desarrollador no generó beneficio a la empresa; se realizaba seguimiento a las gestiones de aprendizaje por lo que debía allegar los reportes de asistencia, así como un informe de lo aprendido, extendiendo la retroalimentación a todos los miembros de la compañía; al tomar el curso se comprometía a permanecer por un tiempo determinado en la empresa, pero él actor renunció a causa que le ofrecieron otro empleo; Cristhian David mencionó que el curso correspondía a una tecnología del S. XXI a la que no se tiene acceso de manera económica.*

*A su vez, **Bibiana Figueroa Molina**, aseguró que la empresa hizo una convocatoria abierta para todas las personas que desearan profundizar en el desarrollo de sistemas a la que luego de presentarse se seleccionarían a los que asistirían al curso; ella hace parte de la junta y por eso supo que él solicitó se le permitiera acceder al curso; el tema blockchain era algo con lo que estaban innovando en la organización y desarrollando un proyecto para incluir esa tecnología en el sistema que manejan, empero, la empresa no sacó ningún provecho del curso, esto es, capacitar a otros desarrolladores u ofrecer líneas de negocio ese sentido, dado que el accionante no entregó ninguna información.*

*Se colige de lo anterior, que el empleador procuró la capacitación del trabajador y previó la posibilidad de que éste último no tuviera que devolver los dineros correspondientes a los estudios efectuados, siempre y cuando permaneciera luego de la finalización del curso - 13 de diciembre de 2018 (fl. 93) - veinticinco (25) meses, en caso contrario devolvería proporcionalmente el costo de la inversión procurada por la empresa, circunstancia con la que estuvo de acuerdo el entonces trabajador, sin que en el curso del asunto se demostrara vicio de consentimiento alguno que permitiera desvirtuar lo estipulado.(fls. 65 y 66).*

*Es de advertir, que no puede entenderse que el empleador hubiere transferido las pérdidas al trabajador a raíz del descuento, independientemente de que la empresa obtuviera provecho o no de la instrucción recibida por Narvárez Acosta, aquel adquirió un conocimiento lo cual fue certificado por la Universidad Nacional (fl. 93), aprendizaje que no se demostró fuera incompatible en alguna medida con su profesión o que le resultara completamente inútil, ni siquiera se acreditó que se encaminara a un cliente específico como lo alega la parte.*

*Sobre el particular, la inscripción del desarrollador senior tuvo un costo de \$1.750.000 de conformidad con la factura visible a folio 30 y la certificación de folio 93, ambas expedidas por la Universidad Nacional, por tanto, atendiendo a que la labor educativa culminó el 13 de diciembre de 2018 (fls. 29 y 93) y la renuncia del trabajador acaeció el 17 de mayo de 2019, esto es, 5 meses y 4 días, posteriores al curso. Entonces, realizados los cálculos aritméticos de rigor se tiene que la suma que debió descontar el empleador correspondía \$1.390.667, sin embargo, como la discusión en esta instancia se centró en la procedencia o no del descuento y no el monto condenado en primer grado, se mantendrá incólume la cifra determinada por el A quo.*

*En lo concerniente a la cláusula penal, yerra la pasiva al indicar que se aplicó la cláusula de permanencia y no la penal, no es admisible para la Sala que se pretenda confundir las consecuencias de incumplir lo acordado respecto al curso blockchain con la cláusula decima segunda del contrato de trabajo, recuérdese que en la liquidación final de prestaciones se descontó el concepto de “cláusula de permanencia \$3.312.464”, cifra que equivale a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019, data en la que terminó la relación entre las partes.*

*Al punto, el ordinal doce del contrato establece: “CLAUSULA PENAL. Para evitar terminaciones abruptas por parte del empleado, se acuerda por los intervinientes que cuando éste renuncie intempestivamente, le pague al empleador los siguientes montos, a título de clausula penal: Si abandona el cargo y/o renuncia, con una antelación que va entre el mismo día y quince días, pagará el equivalente a CUATRO (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)”*

*Deviene de lo anterior, que se aplicó tal disposición indistintamente del concepto con el que se incluyó en la liquidación, nótese que la carta de renuncia se calenda del 6 de mayo de 2019, y allí se estima como fecha de fenecimiento del contrato el 17 del mismo mes y año (fl. 26), es decir, 11 días después, término contemplado en la disposición transcrita, que resulta ineficaz como acertadamente se determinó, ya que bien es sabido que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo es potestativo tanto al empleador como el trabajador, ya sea con o sin justa causa alegada, en particular “es sabido que la renuncia de un trabajador a su empleo debe ser un acto surgido de su exclusiva y libre voluntad, la cual debe ser manifestada de manera natural y voluntaria, ajena a toda injerencia o intromisión indebida por parte del empleador” (SCL Sentencia 30 de septiembre de 2004 Rad. 22842), sin que sea posible que el patrono*

*se oponga a dicha manifestación de voluntad para retener la fuerza de trabajo, debido a que con ello se estaría coartando el derecho a escoger libremente profesión u oficio contenido en el artículo 26 de la Constitución.*

*Ahora, ante la apreciación de la demanda de que la cláusula penal sólo se aplica en vigencia del contrato de trabajo, basta con señalar que, de la redacción del articulado en comento, resulta irrefutable que fue concebida para aplicarse a la terminación del nexo entre las partes, por ello, al ser declarada ineficaz opera la restitución de los dineros deducidos de la liquidación final de prestaciones sociales. Por último, de darse aplicación a ambos descuentos como lo pretende la sociedad recurrente, se estaría sancionando al trabajador dos veces por el mismo hecho de la renuncia, lo que no es admisible (non bis ibídem).*

#### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**

*Otro de los reparos formulados por el extremo pasivo se centra en que obró de buena fe al pagar el plan general de beneficios/PGB, bajo el entendido que estaba actuando acorde a derecho*

*Para resolver este asunto, es necesario señalar que, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, no es de aplicación automática sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causadas a la terminación del contrato de trabajo. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 999*

*de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento”.*

*Significando, entonces, que el contrato de trabajo se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, que es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico.*

*Así que, centrándonos en el sub examine, observa la Sala que las circunstancias aducidas como justificación para no realizar el pago de las acreencias laborales del actor, desconoce a todas luces la legislación aplicable al caso, a más de ser vulneratoria de los derechos del trabajador, por lo que no constituye buena fe, razón por la que no se puede exonerar de la mentada indemnización, pues era obligación de la demandada proceder al pago de los salarios y prestaciones sociales a la finalización del vínculo y no lo hizo. Y es que, conforme se expuso en precedencia, la sociedad accionada le restó incidencia salarial al denominado “PGB”, pese a que tal factor retribuía directamente el servicio prestado, y efectuó descuentos a la liquidación final de salarios y prestaciones sin sustento alguno; lo que denota que no fue intención de la pasiva realizar el pago de las acreencias debidas. Por lo tanto, al no probar que obró de buena fe en el impago de salarios y prestaciones sociales, no se le puede exonerar de esta sanción.*

*En lo que respecta a la forma de liquidar la indemnización moratoria, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que la misma consistirá en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaura antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederán los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas a partir del mes 25 y por los 24 meses anteriores el salario diario aludido; indemnización que debe estar en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, en la que precisó:*

*“No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la*

*terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual sí resultaría desproporcionado, pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios “a la tasa máxima” para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.”*

*La citada sentencia de la Corte Constitucional se constituye en una fuente obligatoria para todas las autoridades públicas en Colombia, incluidos los jueces, así lo ordena el artículo 243 de la Constitución Política, el cual es claro al indicar que:*

*“ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.*

*Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”*

*Quiere ello decir que las sentencias que profiera la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y para los particulares. En el mismo sentido, los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y los artículos 21 y 22 del Decreto 2067 de 1991, establecen que las decisiones que dicte la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad son definitivas, de obligatorio cumplimiento y tienen efectos erga omnes.*

*Así lo expuso el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia C-621 de 2015:*

*“En punto a este tema, se resolvió la pregunta de si las sentencias de la Corte Constitucional son fuente obligatoria –art. 230 inciso 1º C.P. o un criterio auxiliar –art. 230 inciso 2º, a favor de la primera opción, es decir, las sentencias de la Corte Constitucional son fuente obligatoria para las autoridades. En punto a este tema sostuvo la Corte:*

*“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1º del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”.*

*Dados los anteriores derroteros, y teniendo en cuenta que en el sub examine el vínculo laboral finalizó el 17 de mayo de 2019 y la demanda se radicó el 26 de septiembre de 2019 (acta de reparto fl. 34), esto es, antes de transcurridos 24*

meses de la terminación del contrato de trabajo; y considerando que el salario devengado por el actor era superior al mínimo legal mensual vigente, el cual a la finalización del vínculo ascendía a \$3.000.000,00, conforme quedó establecido en primera instancia, concluye la Sala que acertó el a quo, toda vez que lo procedente era condenar al pago de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidos; imponiéndose confirmar la decisión recurrida en este sentido.

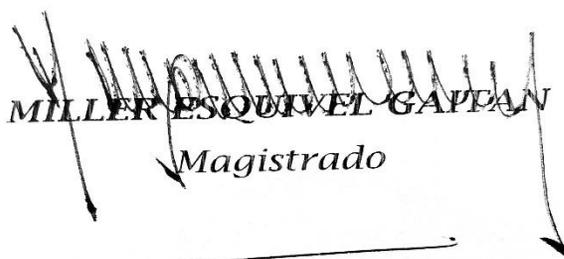
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

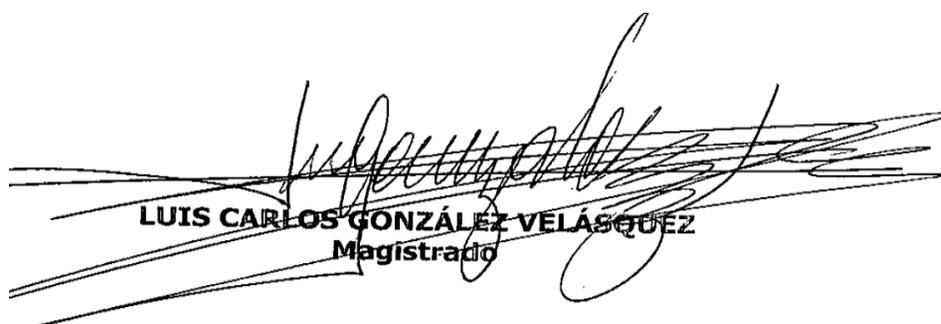
**R E S U E L V E**

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.

**Segundo.-** Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE LUCILA TRUJILLO GARCÍA CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021),  
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para  
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la  
declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera  
de Decisión.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra  
la sentencia del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Sexto  
Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en  
consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

*A N T E C E D E N T E S*

*Lucila Trujillo García, por medio de apoderado judicial, demandó a la  
Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se declare  
que el fallecido Daniel Malaver Paiba dejó causada la pensión de vejez de que*

*trata el Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia, reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente a partir del 1º de noviembre de 2011, junto con los reajustes anuales y los intereses moratorios, así como lo probado ultra y extra petita y las costas y agencias del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 a 8 del expediente en los que en síntesis se indica que: Malaver Paiba nació el 10 de agosto de 1939, por lo que llegó a la edad de 60 años el 10 de agosto de 1999, contando al 25 de julio de 2005 con 796,57 semanas cotizadas, el causante realizó cotizaciones como independiente en los ciclos 01-2005 a 06-2005, 08-2005 a 10-2005, 04-2006 a 06-2006, 08-2006 a 12-2006, 01-2007 y 02-2007 por asesoría de los funcionarios del otrora ISS quienes le hicieron entrega de los formularios de pago, sumas que recibió la entidad junto con los intereses, también efectuó el pago del ciclo 07-2008, cuya cancelación se hizo el 7 de julio de ese año, pero de manera errónea se anotó en la historia laboral como ciclo doble al computarse con el del mes de agosto de 2008, por lo que solicitó se registrara en debida forma, entregando la entidad la historia laboral válida para prestaciones económicas en la que se encontraban cargados los períodos cancelados, información que se reiteró el “28 de febrero de 2008”. También pagó con el régimen subsidiado los períodos 03-1999 a 05-1999, sin embargo, aquellos no se registraban en la historia laboral lo que llevó a que solicitara su inclusión a la administradora y en junio de 2008, ésta expidió historial que los contenía; a través de acto administrativo 010639 del 27 de abril de 2010 el ISS negó el reconocimiento de la pensión, pese a que en los reportes de semanas se observan 1016,63 semanas cotizadas; no reclamó la indemnización sustitutiva; falleció el 1º de noviembre de 2011; el de cujus tuvo unión marital de hecho con Lucila Trujillo García desde el 30 de mayo de 1986 y hasta su deceso de manera ininterrumpida; la pareja no tuvo hijos; a la muerte del compañero permanente acudió a Colpensiones pidiendo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero al administradora negó la prestación; recurrió la decisión en reposición y en subsidio apelación, los cuales al desatarse confirmaron la disposición inicial en atención a que el difunto no acreditó 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso, no tenía 1000 semanas cotizadas y tampoco era beneficiario del régimen de transición; dependía del señor Malaver Paiba por lo que fue su beneficiaria en salud.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 95 a 113) en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del causante, la edad de aquel a 1º de abril de 1994 y a 10 de agosto de 1999, aclarando que para ninguna de las fechas reunía las semanas necesarias, las 796,57 semanas cotizadas a julio de 2005, la solicitud efectuada para registrar los pagos, la expedición del historial válido para prestaciones económicas, la comunicación del 28 de febrero de 2008 a través de la cual el ISS informó el registro de los pagos, la entrega de una historia laboral actualizada el 9 de junio de 2008, negó el reconocimiento de la pensión de vejez a Daniel Malaver el 27 de abril de 2010, debido a que sólo tenía 909 semanas cotizadas, el no pago de indemnización sustitutiva; la petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes efectuada por Trujillo García, la negativa de la entidad, los recursos impetrados, las decisiones que los desataron y los motivos de confirmación, sobre los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la innominada o genérica.*

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 131) en la que condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a partir del 1º de noviembre de 2011, por trece mesadas al año, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas causadas y hasta que se realice el pago de la prestación, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de septiembre de 2005, y condenó en costas a la demandada.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones recurre la decisión al considerar que no procedía el reconocimiento de la pensión de vejez post mortem debido a que el causante no reunía las semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, sin que sea posible contabilizar los pagos extemporáneos que realizó el entonces afiliado; en cuanto a los intereses moratorios aquellos no están llamados a prosperar en razón a que estos se concibieron únicamente para las prestaciones originadas en la Ley 100 de 1993.*

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

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteada por Colpensiones y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan.*

### RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN DE VEJEZ

*Comoquiera que la demandante solicita que se declare que el fallecido Daniel Malaver Paiba dejó causada la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, entonces, es cuestión primordial establecer si aquel se encontraba inmerso en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.*

*Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumplía el causante toda vez que para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, acreditaba 54 años de edad, ya que nació el 10 de agosto de 1939 tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía incorporada a folio 37. Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por estar afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Tampoco es objeto de reparo que para el 29 de julio de 2005 de acuerdo al Acto legislativo*

*01 de 2005 acreditaba más de las 750 semanas de cotización exigidas, para extender dicho beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014.*

*Ahora, la norma en cita exige como requisito para acceder a la prestación pensional 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que el accionante tan sólo acredita 214,29 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (10 de agosto de 1979 a 10 de agosto de 1999) y 909,43 en toda su vida laboral, conforme se establece en su reporte de semanas cotizadas (fls. 84 a 90), que resultan insuficientes para acceder al derecho pensional pretendido. Empero, ha de recordarse que precisamente uno de los planteamientos de la demanda se encamina a la posibilidad de contabilizar como tiempos de cotización los correspondientes a 01-2005 a 06-2005, 08-2005 a 10-2005, 04-2006 a 12-2006, 01-2007, 02-2007, 07-2008.*

*Pues bien, al revisar la documental obrante en el plenario, encuentra la Sala que la historia laboral que milita a folios 84 a 90 registra los ciclos 01-2005 a 06-2005, 08-2005 a 10-2005, 04-2006 a 06-2006, 08-2006 a 12-2006, 01-2007, 02-2007 como "Días reportados: 30; Días cotizados: 0; Pago vencido como Trabajador Independiente", debido a que se cancelaron el 22 de mayo y 25 de septiembre de 2007 y 27 de febrero de 2008, lo que derivó en que no se tuvieran en cuenta por la administradora de pensiones, sin embargo, no puede olvidarse que el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 determinó: "Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente" de manera que contrario a lo alegado en el recurso de alzada es viable la sumatoria de los interregnos descritos.*

*Sobre el particular la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de diciembre de 2006, Rad. 26728, posteriormente reiterada en sentencia del 25 de octubre de 2011 Rad. 40106, precisó: "(...) las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse 'extemporáneo', dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que*

*las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de 'irregulares', habida consideración que siempre se harán para cada período 'en forma anticipada', y como dice la última norma citada, "si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente".*

*Ahora, el ciclo 03-1999, tiene la nota "Cotización pagada: \$23.207; Cotización mora sin intereses \$8.715; Días reportados: 30; Días cotizados: 0; Pago incompleto", sin que se sume de manera proporcional el tiempo cubierto por la cotización, y cuyo lapso corresponde a 3,21 semanas.*

*Así, los períodos no computados por Colpensiones suman 97,17 semanas, sin que puedan omitirse en la consolidación de los requisitos para acceder al derecho pensional. En este orden de ideas al adicionar las cotizaciones no tenidas en cuenta a las referidas 909,43, se obtiene un total de 1006,6 semanas cotizadas en toda la vida laboral, de lo que se desprende que el difunto Daniel Malaver Paiba acreditaba los condicionamientos para acceder a la prestación pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, puesto que alcanzó la edad de 60 años que refiere el artículo 12 del mentado acuerdo, el 10 de agosto de 1999, dejando con ello causada la pensión de vejez a su deceso.*

*En cuanto al valor de la mesada pensional, basta con señalar que el monto de aquella corresponde al salario mínimo legal mensual vigente, por cuanto las cotizaciones reflejadas en su historia laboral (fls. 84 a 90) corresponden a dicha suma.*

#### *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES*

*Determinado el derecho prestacional en cabeza del causante, se tiene que la activa también solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente.*

*Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:*

*"Son beneficiarios de 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 de fallecimiento del*

*causante, tenga 30 o más años de edad. En el caso en que la pensión de sobrevivientes 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;*

*Así, al establecer límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 busca un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por otra parte la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia. Ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que solo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora. Es así que las exigencias de la ley son razonables y proporcionadas.*

*Conforme lo anterior procede la Sala a analizar el material probatorio recaudado, declaración extrajuicio suscrita por el de cujus señor Daniel Malaver Paiba del 29 de junio de 1995 en la que se indica “manifiesto bajo la gravedad de juramento que hace 8 años convivo en unión libre con la señora LUCILA TRUJILLO GARCÍA (...) mi compañera no trabaja, se dedica al hogar y depende económicamente de mi” (fl. 81), formulario de afiliación en salud del 24 de septiembre 1998 en el que se inscribe a la señora Trujillo García como beneficiaria de Malaver Paiba (fl.82) y declaración extrajuicio de la demandante en la que dejó constancia de que “conviví en unión marital de hecho bajo el mismo techo y de forma permanente e ininterrumpida desde el año 1989 con el señor DANIEL MALAVER PAIBA quien falleció el 1º de noviembre de 2011” (fl. 83). Aunado a ello, Colpensiones no discutió la calidad de compañera permanente de la activa en los actos administrativos obrantes a folios 67 a 70 y 77 a 80, ni en el curso del presente asunto.*

*Entonces, según las probanzas recogidas al valorarlas bajo los lineamientos del artículo 61 CPT y SS se colige que le asiste razón a la falladora de primer grado en ordenar el reconocimiento, pues se estableció que la pareja, hasta la fecha de fallecimiento del señor Malaver Paiba el 1º de noviembre de 2011 (fl.61), hizo una comunidad de vida permanente y singular por lo menos desde 1989, además de no existir ninguna otra persona que se hubiere presentado a*

*reclamar la prestación con mejor derecho, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto.*

#### *INTERESES MORATORIOS*

*Debe precisar la Sala que ha sido posición reiterada la procedencia de los intereses moratorios cuando la pensión es reconocida con aplicación del régimen de transición y tiene su origen o fuente legal en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, con arreglo en lo previsto en el artículo 31 de la ley 100 de 1993, como acontece en el presente asunto; tal como se explicó en sentencia del 15 de mayo de 2008, radicación 33233, al reiterar las sentencias de 24 de febrero de 2005, radicación 23759, reproducida luego en la de 14 de agosto de 2007, radicación 29739.*

*Ahora, sobre la causación de los intereses moratorios el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:*

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

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

*Así, como la actora reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 17 de diciembre de 2013, según se observa a folio 67 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a*

*partir del 17 de febrero de 2014, esto es, vencidos los dos meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 1º de la ley 717 de 2001; fecha a partir de la cual se encuentra en mora de reconocer y pagar la pensión de la actora, por lo que desde esa fecha se causan a su favor los referidos intereses, sin perjuicio de que los mismos se hayan visto afectados por el fenómeno prescriptivo, como se analizará.*

### *PRESCRIPCIÓN*

*De otra parte, al haber sido propuesta la excepción de prescripción procede la sala a efectuar el análisis pertinente.*

*En materia laboral el fenómeno de la prescripción se encuentra regulado en los artículos 151 del CPT y SS, 488 y 489 del CST, que establecen que las acciones, por regla general, correspondientes a los derechos que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, esto es, desde la fecha de reconocimiento pensional para el presente asunto. Sin embargo, es menester tener en cuenta lo referente a la interrupción de la prescripción dispuesto en el artículo 489 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual es plausible por una sola vez, mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo igual al señalado por la prescripción correspondiente.*

*Luego como el derecho pensional se causó a partir del 1º de noviembre de 2011, presentada la reclamación administrativa el 17 de diciembre de 2013 (fl 67 y 77), la que fue resuelta en la resolución GNR 223763 del 17 de junio de 2014, (fls 67 y 77), confirmada por las resoluciones GNR 79933 del 17 de marzo de 2015 y VPB 47382 del 4 de junio de 2015 (fls 67 a 70 y 77 a 80); y la demanda se presentó el 26 de septiembre de 2018 (fl 1), es evidente que operó el fenómeno jurídico de la prescripción.*

*Entonces, la demandante tiene derecho al pago del retroactivo causado a su favor a partir del 26 de septiembre de 2015, junto con los intereses de mora que desde esa fecha se han causado y hasta cuando se cancele la obligación.*

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

**RESUELVE**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

**Segundo.-** *Costas de la instancia a cargo de la recurrente. Inclúyase la suma de \$600. 000.00 por concepto de agencias en derecho*

*Notifíquese y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ALFREDO CASTELLANOS MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 11 de junio de 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

**A N T E C E D E N T E S**

**DEMANDA**

*Jorge Alfredo Castellanos Martínez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para*

*que se declare ineficaz la vinculación a Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a la AFP a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero de la cuenta de ahorro individual, junto con los bonos, aportes, rendimientos y comisiones, y a esta última a actualizar la historia laboral del demandante, lo ultra y extra petita y se condene al pago de costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 5 a 7 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 4 de enero de 1982, prestó servicios para varios empleadores entre el 2 de enero de 1984 y el 30 de junio de 1995, fecha para la que acumulaba 567,71 semanas previo al traslado al RAIS el 1º de julio de 1995; para la fecha de cambio de régimen pensional realizaba cotizaciones con un salario de \$2.860.000; el fondo de pensiones no le manifestó las implicaciones del traslado, las desventajas del RAIS y las ventajas del RPMPD; no se realizaron escenarios comparativos; pese a que la AFP conocía salario de cotización y las semanas cotizadas no se le sugirió permanecer en el otrora ISS; durante su permanencia en el régimen de capitalización, no recibió asesoría profesional sobre las diferentes opciones por lo que contrató por su propia cuenta la asesoría; elevó petición a las enjuiciadas para que procedieran a la anulación de la vinculación en el RAIS, Colpensiones se pronunció de manera negativa; a la presentación de la demanda contabilizaba 1636 semanas.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones (fls. 99 a 128 del expediente), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio del actor, las semanas cotizadas en el RPMPD, la reclamación y la respuesta desfavorable a la activa; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.*

*Porvenir S.A., dentro del término legal (C.D. de folio 158), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP. Como medios de defensa propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 157), en la que declara la ineficacia de la afiliación o traslado que realizó el señor Castellanos Martínez al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., así como a devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con ocasión a las afiliaciones del actor correspondientes a cotizaciones, bonos pensionales, saldo de cuenta individual si a ello hubiese lugar con todos los frutos e intereses esto es con los rendimientos que se hubieren causados sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas la consecuencias de la ineficacia; sumas que deben pagarse indexadas desde la fecha de su causación y hasta su fecha del pago; declaró la afiliación del actor al RPMPD y no probadas las excepciones propuestas; costas a cargo Porvenir S.A.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. estima que el demandante recibió una información clara para proceder al cambio de régimen pensional, sin que se valorara el consentimiento dado por el demandante el cual se expresó con la rúbrica en el formulario; tampoco procede la devolución de los gastos de administración ya que en el RPMPD también se realiza dicho cobro, por lo que en este asunto lo que procede son las restituciones mutuas, ya que devolver esta suma de dinero se estaría ante un enriquecimiento sin justa causa.*

*Colpensiones considera que no tuvo injerencia en el traslado de régimen, motivo por el cual no procede la afiliación de este, por cuanto se afecta el equilibrio financiero del sistema, quebrantando el derecho a la pensión de los demás pensionados, ya que recibirlo genera impacto en la reserva presupuestal, luego de que este permaneció por más de 26 años en el RAIS. Por último, infiere que se*

*demonstró con suficiencia que el fondo de pensiones si suministró la información necesaria para que el señor Jorge Alfredo transitara entre los regímenes.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia.*

#### CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteada por las demandadas, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan.*

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “Porvenir no ilustró (...) al momento de la afiliación sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*“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 los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 27 de junio de 1995 con efectividad desde el 1º de julio de la misma anualidad (Cd. fl 158). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que en el año 1995 mientras trabajaba como gerente de producto en la empresa, les dijeron que sacaran 20 minutos para recibir una explicación grupal del fondo. allí el asesor le dijo que el ISS se iba a acabar, que la pensión era vitalicia, sin límite de edad para acceder y que podía ascender al doble de la que percibiría en el ISS; no le explicaron como accedería a esa pensión; en el seguro tenía que completar semanas pero que en el fondo no; no se les habló de que la prestación fuera heredable; no ha elevado quejas ante Porvenir S.A.; no le dijeron que podía retornar antes de que le faltaran 10 años para pensionarse; para la fecha del traslado necesitaba tener como 62 años de edad y muchas semanas cotizadas; nunca trabajó con temas de seguridad social; hizo aportes a pensiones voluntarias y esos dineros pasaron a los fondos educativos de sus hijos y para deducir renta; en el año 2018 Porvenir S.A. le realizó un cálculo y por medio de eso supo que la pensión sería la mitad de la que recibiría en Colpensiones, y en esa oportunidad*

*la AFP le dijo a través del jefe de mercadeo que le resultaba más beneficioso el RPMPD y que era mejor que se cambiara de régimen; le llaga todos los meses el extracto de pensiones voluntarias, pero de pensiones obligatorias lo recibía de manera trimestral.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional; precisando que contrario a lo manifestado por la recurrente no se evidencia contradicción en las manifestaciones hechas por el demandante en su interrogatorio y las realizadas por el testigo, por el contrario son claras y coincidentes en cuanto las circunstancias de modo y lugar en que se produjo la afiliación del acto a la AFP .*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el Cd. fl 158 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el Cd. fl*

158 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación

*Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.*

*En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

*Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva, y si antes del traslado de régimen pensional estaba a su cargo las prestaciones económicas del demandante, no se ve y no lo explica Colpensiones cuál es el desequilibrio financiero o detrimento patrimonial que puede presentarse, cuando la verdad es que va a recibir los dineros sin que para ello haya realizado ninguna labor, por lo que no son atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.*

*No puede considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal*

trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

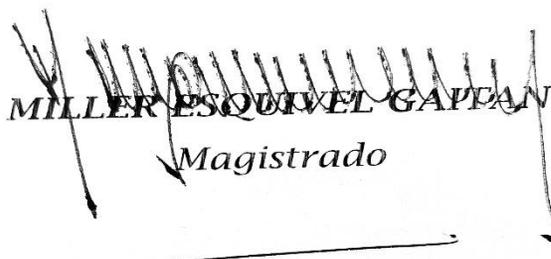
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada y consultada.

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado