



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-011-2017-00652-01. Proceso Ordinario Gloria Patricia Uribe Duque contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones; así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de éste última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 24 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y que tanto la AFP Porvenir S.A. como



Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. incurrieron en omisión del deber de información y que debe estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se condene a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones lo aportes realizados al régimen de ahorro individual y a esta última entidad a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 5 de septiembre de 1983 y que se afilió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 6 de julio de 1994.

Sostuvo que el asesor de Porvenir S.A. no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones, ni elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada pensional teniendo en cuenta el valor del bono pensional; y en cambio, para persuadirla del traslado, le suministró información sesgada y parcializada.

Afirmó que se trasladó a la AFP Old Mutual y que ésta en el año 2009 no le informó que podría trasladarse de régimen hasta antes del cumplimiento de los 47 años.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.¹ indicó que no le constaba lo relacionado con el

¹ Cfr fls 97 a 119.



traslado de régimen y que se afilió al fondo de pensiones que administra de forma libre involuntaria. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo que el traslado de la demandante se produjo conforme con los requisitos legales establecidos y sin mediar vicio del consentimiento alguno. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa, entre otras.

Por su parte la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- señaló que no existe dentro del proceso medio de prueba del cual sea posible establecer que se hizo incurrir en error a la demandante al momento del traslado. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Mediante providencia del 5 de febrero de 2019² el servidor judicial de primer grado ordenó la vinculación como litisconsortes necesarios de las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A.; las que un vez notificadas dieron respuesta a la demanda oportunamente en oposición a las pretensiones. Colfondos propuso en su defensa entre otras las excepciones que denominó: validez de la afiliación con Colfondos S.A., inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A. y prescripción. Y la AFP Protección propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional, entre otros.

² Cfr fl 210



Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A. en el año 1994 y que para todos los efectos nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual y por lo tanto siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación; y condenó a la AFP Old Mutual a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que de acuerdo con la doctrina probable sentada por la Sala Laboral Corte Suprema de Justicia, las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad tienen el deber brindar a sus potenciales afiliados la obligación de brindar información suficiente, en aras de darle a conocer los beneficios e inconvenientes que comporta el traslado de régimen pensional

Inconformes con la anterior determinación la apoderada de la sociedad Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y el apoderado de Colpensiones, interpusieron recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. solicita se revoque en su integridad la decisión de primera instancia, en tanto que a su juicio no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen.

Aduce al efecto que a lo largo del proceso se demostró que la demandante no solo contaba con las condiciones profesionales para conocer todas las características de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia tomar una decisión informada sobre su afiliación y traslado a



un régimen pensional diferente; sino que adicionalmente fue debidamente asesorada sobre cada una de las condiciones del régimen de ahorro individual, pues de acuerdo con su relato recibió una charla individual por parte de Porvenir al momento de su afiliación.

Agrega que adicionalmente todas las características y condiciones tanto del régimen de ahorro individual con solidaridad, como del régimen de prima media con prestación definida se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993; por lo que a su juicio no resulta plausible que la demandante teniendo en cuenta del sector financiero y al haber realizado 8 traslados en el régimen de ahorro individual, entre los cuales se encuentra el traslado a un fondo alternativo de pensiones, alegue que no estuvo asesorada de manera completa, clara, veraz y adecuada; máxime cuando al trasladarse al fondo alternativo firmó formulario de afiliación en el que acepta haber recibido el reglamento en donde contenía todas las características propias de este fondo al cual se inscribió y con el que por demás renunció a la garantía de pensión mínima.

Sostiene que para el momento en que se realizó el traslado inicial de régimen pensional no esta vigente la obligación de realizar una proyección del derecho pensional de la demandante, pues la misma se implementó con la expedición del Decreto 2071 del 2015; y que, en todo caso, debido a los diferentes cambios de las condiciones particulares de la demandante, los estudios que se hubieren efectuado en ese momento a la fecha no tendrían vigencia.

Señala que más allá de una falta al deber de información por parte de las administradoras, lo que hubo fue una omisión de diligencia de la demandante de informarse debidamente y sobre todo de haber tomado decisiones consientes en materia pensional, de manera que hoy no puede imputárseles un error a las administradoras.



Finalmente, en relación con los gastos de administración aduce que su representada actuó de buena fe, sin conocer que el traslado inicial estuvo viciado de algún tipo de irregularidad que conllevara algún tipo de nulidad o ineficacia, por lo que mal se hace en ordenarle la devolución de gastos de administración, cuando realizó una tarea profesional de administrar los recursos, el que afirma igual se causa en uno u otro régimen pensional.

Por su parte el apoderado de Colpensiones, solicita se revoque la decisión de primera instancia o en su defecto se considere la posibilidad de ordenar el pago de un cálculo actuarial bien al demandante o al fondo responsable.

Aduce al efecto que la decisión de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera que consagra el artículo 48 de la C.P., modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005; la que a su juicio se garantiza en la medida que el sistema general de pensiones perciba y mantenga los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes la mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras.

Sostiene que, al declarar la ineficacia o nulidad del traslado, en últimas sería el patrimonio público el que entraría a pagar la pensión que se llegare a percibir por parte de la demandante, pues dado que su ahorro se realizó de manera individual el mismo no ayudo a financiar las pensiones de los demás afiliados del régimen de prima media con prestación definida y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión

En caso de que se confirme la determinación de primer grado, solicita se considere la posibilidad de realizar el cálculo actuarial a cargo del fondo



responsable o del demandante para soslayar la descapitalización del sistema teniendo en cuenta lo indicado en la sentencia SU-062 de 2010.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas



implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición

³ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que, sea dicho de paso, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, de manera que, contrario a lo que plantea la recurrente, expresiones genéricas como la posibilidad de pensionarse de forma anticipada y con un mayor valor, no pueden constituir elementos de juicio suficiente para dar por satisfecho el pluricitado deber de información que les asiste a los fondos de pensiones.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las



implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello las demás afiliaciones que se realizaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, contrario a lo que plantea la recurrente, la AFP Old Mutual, por ser la última administradora a que se encuentra afiliada a la demandante, tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y



demás presupuestos existentes en el RAIS; así mismo, en virtud del conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en forma mayoritaria considera la Sala procedente ordenar a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. que asuman el pago de las cuotas de administración que descontaron en el periodo en que la accionante estuvo afiliada a cada una de estas.

Ahora bien, en punto a los argumentos que expone el apoderado de Colpensiones, referidos a la descapitalización del sistema, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONDENAR a las administradoras de fondos de pensiones PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a



COLPENSIONES el valor de los recursos que descontaron por concepto de cuotas de administración, en los periodos en que la demandante estuvo afiliada a cada una de estas.

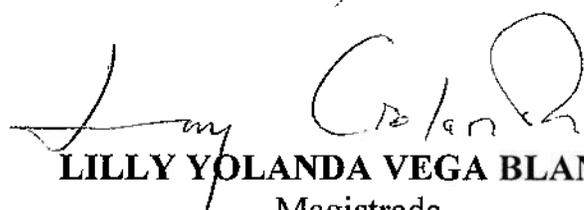
SEGUNDO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.-CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

21 JUN 11 AM 11:46

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Secretaría Sala Laboral



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2018-00082-01. Proceso Ordinario de Ruth Patricia Durán Rodríguez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Colfondos frente a la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de enero de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

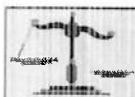
ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su afiliación Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y como consecuencia de las anteriores, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su



afiliación, con todos los frutos, rendimientos y gastos de administración, manteniendo la afiliación sin solución de continuidad, así como, que se declare que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se debe aplicar lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, Ley 71 de 1988 y Ley 33 de 1985, junto con el retroactivo pensional causado a partir del 15 de julio de 2013, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 15 de julio de 1958, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes de 2013; que laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, aportando a la misma entidad por el período comprendido entre el 2 de noviembre de 1983 y el 31 de enero de 1994, cotizando al ISS a partir del 1° de febrero de 1994, siendo beneficiaria del régimen de transición por tener más de 35 años de edad al 1° de abril de 1994, donde cotizó 811 semanas; que se afilió a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías en el mes de julio de 1999, bajo el sustento que el sistema pensional estaba colapsado y que se podía pensionar a cualquier edad, sin embargo, no se le indicó que perdería el régimen de transición, ni respecto de las características del RAIS, tales como que era un sistema de capitalización, sus ventajas y desventajas, así como que perdería un 62% de la mesada pensional que le podría corresponder en el ISS hoy Colpensiones, que la fecha de redención del bono pensional era hasta los 60 años y que tan solo le faltaban 189 semanas para acceder a los requisitos de pensión; que para el 25 de julio de 2005 contaba con 1.110 semanas cotizadas y ha realizado aportes en los regímenes pensionales por un total de 1.760 semanas; que la demandante contrató por su propia cuenta una asesoría para conocer el monto de su pensión, de los que advirtió que la decisión de traslado la perjudicó; que radicó peticiones de nulidad e ineficacia de traslado, así como de



reactivación ante Colfondos y Colpensiones los días 24 y 25 de octubre de 2017 respectivamente, obteniendo respuesta negativa por parte de la administradora privada mediante oficio de fecha 14 de noviembre de 2017.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y ordenó a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, junto con los rendimientos a que hubiere lugar y los gastos de administración que tuviere en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable. Así mismo, estableció que la demandante era beneficiaria del régimen de transición por edad y que mantuvo el mismo con posterioridad a la expedición del A.L. 01 de 2005, por lo que condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, a partir de la fecha en que se retire del Sistema General de Pensiones, por 13 mensualidades al año, junto con los incrementos anuales.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de Colpensiones solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Afirma el recurrente que en la actualidad las decisiones tomadas de declarar la nulidad quebranta el principio de sostenibilidad financiera del



artículo 48 de la Constitución Política y el A.L. 01 de 2005, pues genera una situación que impide la debida planeación de las pensiones que venían aportando y sosteniendo el RPM, pues el mismo se mantiene con fondos económicos que permiten pagar pensiones mes a mes a una mayor cantidad de afiliados, y proyectar pensiones futuras, por lo que no se debe declarar la nulidad o ineficacia, pues el patrimonio público entraría a pagar la pensión y el ahorro individual no ayuda a pagar la prestación; aunado, que el capital con el que cuenta el demandante, tampoco sería suficiente para su propia pensión, por lo que debe realizarse cálculo actuarial, para soslayar la pérdida del capital y de acuerdo con la SU 062 de 2010, para acceder al traslado la persona debe cumplir con las 750 semanas y adicional, pagar cálculo de rentabilidad el que no se puede desconocer, por lo que se debe absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Por su parte la apoderada de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, solicitando se revoque la sentencia proferida, ratificándome en los supuestos de la demanda, en el sentido que estamos en un régimen lícito y legal, permitiendo el legislador tal dualidad, que se materializaba con el ejercicio de la voluntad que se acredita con el formulario suscrito por la demandante, quien se pretende sustraer de actos propios, comportamiento que ha sido reconocido por la Corte Constitucional y Suprema de Justicia, pues no puede sustraerse de su propia negligencia o descuido, sometiendo a las administradora de pensiones a una carga probatoria imposible y a un evento de responsabilidad, ya que para la época del traslado no se tenía la obligación debida de la información, ni la de hacer proyección legal de pensión, ya que, como lo ha dicho Superintendencia Financiera de Colombia no fue sino hasta la Ley 1748 de 2014, que surgió tal deber, así como el de determinar las consecuencias de su traslado, no obstante, en el presente negocio, no se tenía cualificación, por lo que no es dable aplicar directrices de forma retroactiva, teniendo en cuenta que vulneraría el



principio de seguridad jurídica. Aunado a lo anterior, cuando en la providencia se ordena restituir la totalidad de cotizaciones, incluyendo gastos de administración, debe considerarse que éste se causa por la gestión profesional realizada y que al concederse en dicha forma, estaríamos frente a un empobrecimiento de la demandada

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas



implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ "(...) 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



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto

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. (...)

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

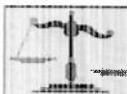


a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la



sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán

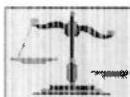


incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente a la afiliada.

En igual sentido, debe indicarse que no se puede acoger el dicho de la administradora privada, en el sentido de que tan solo fue con las normatividades expedidas en el 2014 y 2015, que se les exigió a las AFP, el debido deber de información y la proyección del derecho pensional, pues el deber de información surgió con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de 1993, momento en el cual se impuso a las administradoras de pensiones brindar la debida información al momento del traslado, situación que no realizó en su momento la pasiva, así como, que si bien se imponían cargas a las partes al momento de suscribir el formulario de afiliación, también lo es, que el afiliado tiene como fin último el reconocimiento de las prestaciones derivadas del Sistema General de Pensiones y quien tiene el conocimiento total del mismo es la administradora de pensiones privada.

Ahora bien, frente a la desfinanciación del RPM, se advierte que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Ahora bien, se debe proceder con el estudio del derecho pensional reclamado por la demandante, en ese sentido, cumple recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual,



los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad <<35 años para el caso de las mujeres>> o el de tiempo de servicios cotizados <<15 años de servicios o cotizaciones>>.

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

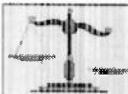


En el asunto, acorde con la copia de la cédula de ciudadanía que obra a folio 19 del plenario, se puede establecer que la demandante, al 1º de abril de 1994, tenía cumplidos 35 años de edad, por lo que puede decirse que la señora RUTH PATRICIA DURÁN RODRÍGUEZ, por la edad es beneficiaria del régimen de transición.

En ese orden de ideas, como la actor es beneficiaria del aludido régimen transicional, la Sala debe señalar que el régimen pensional, en lo relativo a la contingencia de vejez, que se encontraba vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para quienes durante su vida laboral estuvieron afiliados y cotizaron para el efecto, al Instituto de Seguros Sociales, es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

El artículo 12 del Acuerdo en cita establece que tienen derecho a la pensión de vejez quienes llegaren a la edad de sesenta (60) años si son hombres, o cincuenta y cinco años (55) si son mujeres y; hubieren cotizado 500 semanas en los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo al Instituto de Seguros Sociales.

En el caso bajo estudio, encuentra la Sala que el accionante cumplió el requisito de edad para consolidar el derecho a la pensión, el 15 de julio de 2013, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010, segunda fecha límite de la transición; razón por la cual se hace necesario corroborar si la actora cuenta con las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 y respecto de la cual se debe indicar que en efecto la demandante contaba con más de 750 semanas a la data mencionada, por cuanto al 27 de junio de 1999 ya había efectuado cotizaciones por 805.14 semanas, de lo que se advierte que la actora conserva el régimen de transición hasta el año 2014,



entendiéndose, como la última data de tal calendado, siendo esta, el 31 de diciembre de 2014.

De acuerdo con lo anterior, se procede con el estudio del derecho pensional con las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, evidenciándose que en efecto cumple tal presupuesto, como quiera que de acuerdo con la historia laboral reportada por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, se evidencia que el actor cotizó un total de 934.42 semanas al mes de agosto de 2018 y en Colpensiones un total de 805.14 semanas, las que una vez computadas arrojan un total de 1.739,56 semanas cotizadas en su vida laboral, por lo que la liquidación puede efectuarse tanto con los últimos 10 años de servicios, como con toda la vida laboral de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándose una tasa de reemplazo del 90%.

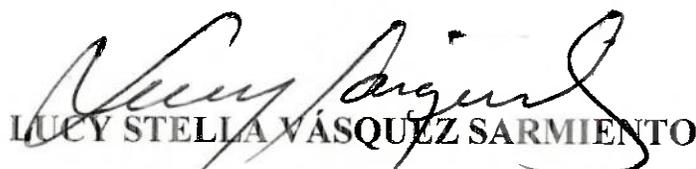
Con respecto al disfrute de la pensión, debe indicarse que si bien la demandante acreditó los 55 años de edad el 15 de julio de 2013, también lo es, que la actora continuó efectuando aportes hasta el ciclo de agosto de 2018, sin que se advierta novedad de retiro, por lo que para la liquidación respectiva, se tendrá en cuenta hasta la última semanas cotizada, para lo cual Colpensiones tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece lo referente a la liquidación del derecho pensional, fundamento por el cual, tampoco es posible declarar el efecto prescriptivo de las mesadas pensionales, pues su causación se genera a partir del momento en que el afiliado presente el retiro del Sistema General de Pensiones.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias a cargo únicamente de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Salvo voto
parcial


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Salvo voto
parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

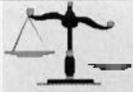
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-006 2019 00334 01. Proceso Ordinario de Hilda Brand León y otro contra Colpensiones. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitan los demandantes que previa declaración de la existencia de la relación laboral entre estos en el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2002 y el 30 de marzo de 2004; se condene a la demandada a emitir y recibir el cálculo actuarial respecto de dicho periodo, así como al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante Hilda Brand León a partir del 31 de octubre de 2015, los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



Como fundamento de las pretensiones señalan en esencia que la demandante Hilda León Brand trabajó para el también demandante Luis Hernán Mahecha Pulido en el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2001 y el 31 de agosto de 2005, desempeñando el cargo de Auxiliar de Servicios Generales.

Indicaron que el salario devengado siempre fue equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, que el empleador realizó el pago de los aportes en salud a la EPS Compensar, y que efectuó el pago de los aportes al sistema de pensiones por el ciclo de febrero de 2002, y del 1º de abril al 31 de julio de 2005; omitiendo el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2002 y el 30 de marzo de 2005.

Señalaron que la demandante Hilda León Brand solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 18 de diciembre de 2015 y que la entidad demandada se lo negó mediante Resolución GNR 32262 del 29 de enero de 2016, en la que se computó un total de 888 semanas de cotización hasta el 31 de octubre de 2015.

Que de acuerdo con la historia laboral expedida por la demandada el 27 de septiembre de 2016 se reportó un total de 923 semanas, y en la expedida por la misma entidad el 37 de septiembre de 2017 se reportan 970 semanas cotizadas; pero que sin embargo, con las 108 semanas en mora completa no solo las 750 semanas antes de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sino 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Afirmaron que el 19 de abril de 2018 el demandante Luis Hernán Mahecha solicitó ante la entidad demandada la emisión de la liquidación de un cálculo actuarial, para efectuar el pago de los periodos en que no efectuó la afiliación



y pago de aportes en pensión; y que a pesar de que aportó la documentación que le fue requerida por dicha entidad, pero que ésta en comunicación del 23 de abril de 2018 se los solicita nuevamente.

Una vez notificada la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia, de un lado, que se encuentra ante la falta de legitimación en la causa en lo que respecta a la existencia del vínculo laboral; y de otro que, de acuerdo con la historia laboral de la demandante Hilda Bran León, el régimen de transición no le fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2014. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y prescripción.

La *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 18 de diciembre de 2015 en cuantía inicial de \$644.350,00 en 14 mesadas al año; conclusión a la que arribó al considerar en esencia que la demandante sí es beneficiaria del régimen de transición en tanto que al adicionar los periodos en mora acredita un total de 1.369 semanas hasta el 31 de diciembre de 2014 y 878 semanas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la determinación acogida en primera instancia y en su lugar la revoque parcialmente, declarando probada la excepción de petición antes de tiempo; en la medida que la pretensión



principal de la acción se dirige a la declaratoria de un contrato de trabajo y su representada no tiene competencia para dirimir controversia de carácter laboral.

Aduce que la juez de primer grado tomó como referencia el poder otorgado por el señor Luis Mahecha para iniciar el presente proceso y dar por existente el vínculo laboral y la incluye para que se realice el correspondiente cálculo actuarial; pero que sin embargo verificando el expediente administrativo, su representada requirió al empleador Luis Hernando Mahecha en diferentes oportunidades para que aportara la totalidad de los documentos y así poder verificar la existencia de la relación laboral.

Refiere que la accionante instauró acción de tutela en contra de la misma entidad en el año 2018 y el juzgado de conocimiento verificó que el señor Luis Mahecha no había radicado la totalidad de la documental requerida para que se declarara la existencia de la relación laboral y por esa razón no pudo realizar el cálculo actuarial.

Precisa que la responsabilidad en el cobro de los aportes en cabeza de su representada nace cuando tiene certeza acerca de la existencia de la relación laboral, pero que en el caso concreto se acreditó que su representada no tenía conocimiento de dichos tiempos y que tal sentido no contó con la posibilidad de realizar el estudio de la prestación con los tiempos incluidos por la juez de primer grado y que en razón a ello, a su juicio no es procedente que en el curso del proceso se condene a su representada a efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez, sin que previamente se haya agotado la reclamación administrativa, teniendo en cuenta la realización del cálculo actuarial ordenado en primera instancia.



De otra parte, señala que no considera procedente la condena al pago de intereses moratorios, pues como indicó su representada solicitó al señor Luís Hernando Mahecha, los documentos necesarios para realizar el cálculo actuarial; de manera que no ha reconocido la pensión de vejez ante la falta de certeza de los tiempos que se tuvieron en cuenta en primera instancia; por lo que solicita si bien es procedente ordenar la elaboración del cálculo actuarial debe revocarse la condena al pago de la pensión de vejez, así como de los intereses de mora.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa a una entidad respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento de la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente el reconocimiento de la prestación de vejez a favor de la demandante Hilda Brand León y de ser así si la misma debe otorgarse en la forma como lo determinó la servidora judicial de primer grado, junto con los intereses de mora.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que, no es objeto de discusión entre las partes que la demandante nació el 13 de noviembre de 1955, ni que



se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; razón por la que en principio es beneficiaria del régimen de transición que establece este conjunto normativo en su artículo 36 y que en virtud del mismo tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, dado que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos, estableció en su parágrafo transitorio número 4¹ un límite temporal a la vigencia del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014; corresponde establecer si la demandante se encuentra dentro de alguno de estos supuestos.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, las mujeres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 55 años de edad y la cotización de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento o 1000 semanas en cualquier tiempo.

En el asunto se advierte que al tenor de tal disposición la demandante cumplió la edad mínima para pensionarse el 13 de noviembre de 2010 y en lo que respecta a la densidad de cotizaciones, dada la discrepancia existente entre las partes, corresponde a esta Corporación analizar el material probatorio

¹ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".



allegado al proceso, a efectos de establecer si es procedente el cómputo de las semanas que tuvo en cuenta el servidor judicial de primer grado.

En este punto interesa advertir que dentro del cómputo de semanas cotizadas se deben tener en cuenta los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que se causan en el marco de una relación laboral que no han sido satisfechos oportunamente a pesar de que la entidad administradora tuvo conocimiento de su causación, ello en cuanto una de las principales funciones y responsabilidades a cargo de las Administradoras de Fondo de Pensiones es la de garantizar los derechos conferidos por el sistema a sus afiliados en términos de eficiencia, eficacia y oportunidad, tal como tuvo ocasión de señalarlo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia del 22 de julio de 2008, dentro del radicado 34270 y en sentencia del 8 de octubre de 2014 dentro del radicado 46591.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, ningún reparo merece a la Sala la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, al incluir el cómputo de los ciclos de junio de 1995, junio de 1996 a abril de 1997 y febrero de 1998, respecto del empleador María Liliana Cruz de la Torre; más no así en relación con el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 1983 al 1° de enero de 1984.

En efecto, si bien el pago de los ciclos de junio de 1995, junio de 1996 a abril de 1997 y febrero de 1998, se efectuaron hasta el 5 de septiembre de 2012, resulta procedente su computo si se tiene en cuenta que para el mes de mayo de 1995 la accionante se encontraba afiliada por cuenta del empleador María Liliana Cruz de la Torre y se efectuó el pago del aporte correspondiente a los ciclos de mayo y julio de 1995, sin que se advierta novedad de retiro alguna; lo mismo ocurre en relación con el periodo comprendido entre junio de 1996 a abril de 1997, pues se advierte el pago del ciclo de mayo de 1996 y de mayo



de 1997, sin que se registre novedad de retiro. De manera que no solo se advierte que de acuerdo con el criterio jurisprudencial en cita la entidad demandada se encontraba obligada al cobro de los referidos ciclos de cotización, sino que en todo caso el mismo sí se realizó.

No se considera procedente la adición del periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 1983 y el 1° de enero de 1984, debido a que para dicho periodo la demandante se encontraba afiliada por cuenta del empleador Edinter Colombiana, resultando improcedente la adición de semanas simultáneas; de manera que a las 1.004,43 semanas corresponde adicionar un total de 55,71 semanas, respecto de los periodos antes indicados.

Ahora bien, en lo que respecta al ciclo comprendido entre el 1° de marzo de 2002 y el 31 de diciembre de 2004; es del caso tener en cuenta que a pesar de que el empleador Luis Hernán Mahecha Pulido reportó la novedad de retiro para el ciclo de febrero de 2002, y que en razón a esa circunstancia la entidad accionada no se encontraba obligada a realizar gestión de cobro de alguna naturaleza, no puede pasar desapercibido el hecho de que el propio empleador acudió a la demandada para efectuar el pago de aportes al sistema general de pensiones en dicho periodo y con la certificación del pago de los aportes en salud a favor de la demandante respecto del mismo, permite establecer la existencia del vínculo laboral que tenía con la demandante.

En consecuencia, de igual forma resulta procedente tener en cuenta el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2002 y el 31 de diciembre de 2004, que corresponde a 145,71 semanas, para un total de 1.205,85 semanas hasta el 30 de abril de 2018, de las cuales 854,04 se efectuaron para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y 1.038,77 hasta el 31 de diciembre de 2014; motivo por el que de acuerdo con lo analizado en forma precedente tiene derecho al reconocimiento de la prestación de vejez de conformidad con



lo que al efecto establece el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en punto a la fecha de reconocimiento de la prestación no comparte la Sala la determinación que adoptó la servidora judicial de primer grado, en consideración a que tan solo hasta el 19 de abril de 2018, con la solicitud del cálculo actuarial por parte del empleador Luis Hernán Mahecha Pulido², tuvo conocimiento de la existencia de los periodos de cotización desde el 1° de marzo de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2004, pues como se advirtió, dicho empleador reportó la novedad de retiro para el mes febrero de 2002, y el este periodo de aportes resulta necesario tanto para la conservación del régimen de transición de acuerdo con lo que al efecto establece el Acto Legislativo 01 de 2005, sino para la causación del derecho.

En tal sentido, dado que, contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, para el momento en que la accionante elevó la solicitud de reconocimiento del derecho pensional, esto es el 18 de diciembre de 2015, la demandante no acumulaba la densidad de aportes necesarios para el reconocimiento del derecho pensional, pues se insiste, la entidad accionada desconocía la existencia de las cotizaciones causadas en el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2002 y el 31 de diciembre de 2004; motivo por el que se dispondrá el reconocimiento de la prestación de vejez a partir del 1° de mayo de 2018.

Debe aclararse en este punto que a pesar de que a la fecha no se ha efectuado el pago del cálculo actuarial correspondiente a dicho periodo de cotizaciones, también lo es, que ello obedece a la negativa de la entidad accionada, quien para el efecto dejó de tener en cuenta no solo la certificación expedida por la EPS Compensar en la que es posible establecer que el señor Luis Hernán

² Cfr fl 55



Mahecha Pulido tenía afiliada a la demandante al régimen contributivo como cotizante en salud; sino además que por cuenta de dicho empleador se habían efectuado cotizaciones hasta el ciclo de febrero de 2002.

Aunado a lo anterior, la entidad accionada en condición de administradora tiene derecho a reclamar el pago del referido periodo, a efectos de no supeditar el disfrute del derecho pensional al mismo.

En lo que respecta a la cuantía del derecho pensional, basta a la Sala tener en cuenta que el ingreso base sobre el que se realizaron las cotizaciones a favor de la demandante fue equivalente el salario mínimo mensual legal vigente; de manera que no le es posible acceder al reconocimiento de una mesada de cuantía superior, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 la misma tampoco puede ser inferior a éste.

INTERESES MORATORIOS

En punto a la procedencia en el reconocimiento de intereses de mora, es del caso recordar que acorde con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos se encuentran concebidos en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones.



Y en tal sentido, como para el momento en que la accionante solicitó el reconocimiento del derecho pensional, esto es el 18 de diciembre de 2015, la demandante no acreditaba el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento del derecho pensional, no resta a la Sala más que revocar la condena que por concepto de intereses de mora se impuso a la entidad demandada.

No se declarará probada la excepción de prescripción en la medida que con posterioridad a la fecha de reconocimiento del derecho pensional, la demanda se presentó dentro del término que al efecto establece el artículo 151 del C.P.T. y S.S.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia dado que el conocimiento de la decisión de primera instancia se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante en cuantía equivalente al salario mínimo mensual vigente a partir del 1° de mayo de 2018, exonerándola del pago de intereses moratorios.

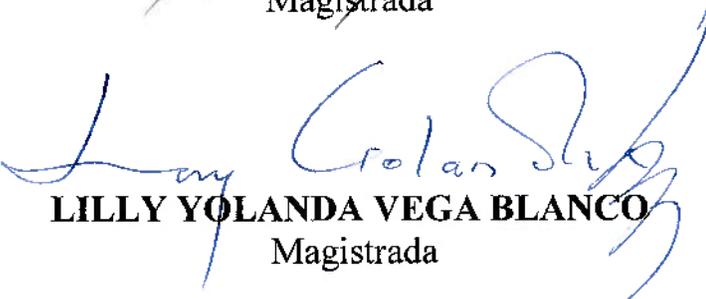


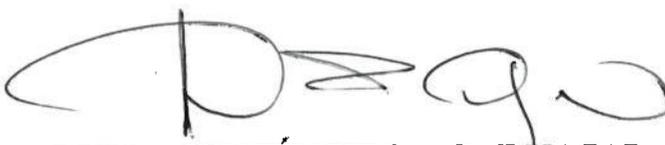
SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia de primer grado a efectos de **ORDENAR** a la demandada la elaboración del cálculo actuarial que se encuentra a cargo del demandante Luis Hernán Mahecha Pulido respecto del periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2002 y el 31 de diciembre de 2004.

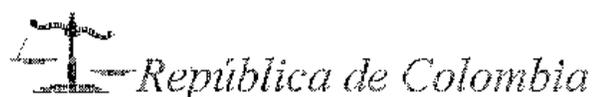
TERCERO.- COSTAS sin lugar a su reconocimiento en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref. radicación No. 41-001-31-05-009-2018-00333-01. Proceso ordinario de Luisa Fernanda Lasso Ospina contra Gestar Innovación S.A.S. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES:

La señora LUISA FERNANDA LASSO OSPINA convocó a la sociedad GESTAR INNOVACIÓN S.A.S., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 1º de noviembre de 2016 y el 18 de abril de 2018, el que terminó bajo la modalidad de despido indirecto, con ocasión de las acciones de acoso laboral efectuadas a la demandante, así

como que no se le ha pagado la liquidación final y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago de la indemnización por terminación del vínculo laboral, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T., la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre las partes se celebró contrato de trabajo por obra o labor el 1º de noviembre de 2016, para desempeñar el cargo de Profesional Servicio PQR en el proyecto ARL Positiva, el que fue modificado a contrato a término indefinido el 7 de abril de 2017, el que se mantuvo hasta el 18 de abril de 2018; que tenía un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 4:30 p.m., con un salario mensual por la suma de \$3.200.000; que se citó a la demandante a reunión con el gerente general de la encartada el día 12 de abril de 2018, en la que se le informó a la ex trabajadora que se le terminaría el contrato de forma unilateral el 30 del mismo mes y año, por solicitud directa por el señor Germán Fernández gerente de la ARL Positiva, ya que informa que hay "*compatibilidad de personalidades*", y que de no realizarse tal cambio, cancelarían el proyecto de PQR con Gestar Innovación; que se convocó a nueva reunión con el equipo de PQRS, en la que se informó la terminación del contrato de trabajo de la demandante; que el contrato de trabajo finalizó el 18 de abril de 2018 mediante carta de renuncia por acoso laboral por los funcionarios de la ARL Positiva doctores Germán Fernández y Rosario Ruiz, obteniendo respuesta de parte del empleador en la misma fecha, que no comparte los planteamientos expresados ; que sin finalizar el vínculo laboral, el mismo 18 de abril le fueron bloqueadas las claves y aplicativos; que la demandada en vigencia de la relación laboral canceló de forma tardía el pago de aportes a seguridad social y que a la fecha de presentación de la demanda se le adeudan vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías e indemnización por la no consignación de las cesantías en un fondo.

Frente a estas súplicas, la aquo, al no encontrar controversia frente a la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, impuso condena respecto de las prestaciones sociales, sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo y la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de tales conceptos hasta el mes 25, momento en el cual se debería cancelar el interés más alto. Lo anterior, por cuanto no se había acreditado por parte de la demandada el pago de las prestaciones sociales de la demandante y que si bien la misma actora había manifestado que percibió un pago por depósito judicial, el mismo no comprendía las prestaciones del año 2017, por lo que impuso condena, advirtiendo, que no se aportó medio de prueba que demostrara el pago de los derechos laborales en favor de la señora Lasso Ospina y absolvió a la encartada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la encartada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto la indemnización consagrada en el artículo 65 del C.S.T., así como la sanción dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, han tenido desarrollo jurisprudencial, en el entendido que se debe demostrar la mala fe del empleador frente a la falta de pago de prestaciones sociales o la no consignación de las cesantías, situación que no se advierte dentro del plenario, máxime, cuando el empleador realiza consignación mediante depósito judicial en el cual consigna la suma que cree deber y lo exonera de forma automática del pago de las indemnizaciones y sanciones, aunado con que la demandante afirmó que percibió el pago del mismo, decisión que fue notificada y comunicada por la empresa. Así mismo, adujo que el propio representante legal de la demandada en su interrogatorio mencionó la difícil situación económica que atraviesa la

empresa, en especial respecto del proceso ejecutivo adelantado por el Juzgado 43 Civil del Circuito con el embargo de \$350.000.000, teniendo como otros factores la disminución de proyectos y la terminación de contratos, no obstante, bajo tal circunstancia, debe entenderse dos situaciones: la primera es un retardo en el pago de prestaciones sociales, situación que en efecto ocurrió, no obstante, una vez la demandada contó con el capital suficiente procedió con el pago final de prestaciones sociales; y la segunda, que se acredite la mala fe del empleador, quedando la carga probatoria en cabeza de quien aduce el incumplimiento, enfatizando, que la falta de pago no deriva de forma automática en la mala fe del empleador, más aún, cuando el apoderado de la parte actora manifestó que existían varios medios de prueba de los que se podía establecer la conducta de la hoy demandada, no obstante, se remitieron una serie de peticiones, que fueron resueltas con la justificación correspondiente en el momento oportuno.

Así mismo, señaló que la propia demandante reconoció el pago de las acreencias laborales, que fueron realizadas mediante el depósito judicial correspondiente.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, ni el salario devengado por la trabajadora, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia, se circunscriben en determinar si es procedente el pago de las prestaciones sociales en favor de la trabajadora, así como, si es posible imponer condena

por la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo y la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., pese a que no se demostró la mala fe del empleador frente al retardo en el pago de prestaciones sociales y a que se realizó el pago respectivo mediante depósito judicial.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la demandante reclama el pago de prestaciones sociales que se debieron pagar junto con la liquidación de prestaciones sociales, correspondientes a las vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios.

En ese orden de ideas, se advierte que la demandante aportó correos electrónicos y comunicaciones vía whatsapp, en los que reclama el pago de las cesantías y la tardanza en su pago respecto del año 2017, junto con la sanción por el retraso en su consignación, correos y comunicaciones que fueron atendidos por representantes de la encartada, quien menciona que se debía gestionar la información respecto de tales pagos, sin que se hubiere emitido respuesta de fondo a tal petición.

Ahora bien, la encartada no allegó medio de prueba escrito en el que conste el pago de los derechos laborales correspondientes a la anualidad de 2017, sin embargo en el interrogatorio de parte de la demandante, la misma confesó que se le efectuó el pago de un depósito judicial por la suma indicada en la liquidación final de prestaciones sociales del contrato de trabajo que obra a folio 8 del plenario, por la suma de \$3.505.849, y en la que si bien se indica que el último periodo de pago de cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicio corresponde al 30 de diciembre de 2017, así como de las vacaciones fue el 30 de octubre de 2017, no existe otro medio de prueba que así pueda ser constatado y que acredite el pago de los emolumentos laborales, por lo que en efecto es procedente la condena

impuesta por la falladora de primer grado y respecto de la cual se compensó la suma confesada por la demandante, quedando unos saldos insolutos a favor de la señora Luisa Fernanda Lasso Ospina.

Al respecto, debe indicarse que no es cierto como lo refiere el apoderado del extremo activo que la demandante haya aceptado el pago de las acreencias laborales en su interrogatorio de parte, pues contrario a tal afirmación, la demandante reconoció el pago de la liquidación final mediante depósito judicial, más no adujo el pago de sus prestaciones sociales causadas en el año 2017 y respecto de las cuales se reitera, no existe probanza alguna que demuestre el pago y así poder liberar a la encartada de tales conceptos, enfatizando, que no es procedente realizar un nuevo cálculo de tales conceptos, pues las partes interesadas no realizaron oposición o controversia alguna frente a las mismas mediante el recurso de apelación, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, en lo atinente con la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de salarios y prestaciones sociales, así como respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, ha sido reiterada la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como en la sentencia con radicado No. 40272 del 16 de noviembre de 2016, M.P. Dr. Rigoberto Echeverry Bueno, en la que se manifestó.

"El primer cargo, estructurado por la vía directa, intenta demostrar que el Tribunal excluyó de manera automática la imposición de la indemnización por la falta de consignación oportuna de la cesantía, por haber generalizado las reglas de conformidad con

las cuales la situación económica de la empresa y su sometimiento a procesos de reestructuración son indicativas de buena fe, lo que reflejaría una interpretación errónea del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por su parte, el segundo cargo, por la vía de los hechos, pretende evidenciar un desacierto en el Tribunal, al concluir que las acreencias laborales de los demandantes se habían causado con posterioridad al proceso de reestructuración y que la demandada había mantenido una conducta apegada a la buena fe.

Con el ánimo de dar respuesta a dichos cuestionamientos, la Sala considera preciso recordar, en primer lugar, las directrices que se han desarrollado a lo largo de la jurisprudencia en torno a la posibilidad de imponerle a un empleador la indemnización por mora, cuando se encuentra en especiales situaciones de dificultad económica y procesos de reestructuración o liquidación. Asimismo, a partir de ello, determinar si el Tribunal asumió algún ejercicio interpretativo erróneo, como el que resulta de la aplicación o exclusión automática de la referida sanción, y, por la misma vía, si incurrió en alguno de los errores fácticos denunciados en el segundo cargo, en cuanto las pruebas del proceso no eran indicativas de que la demandada hubiera actuado de buena fe, al omitir la consignación de la cesantía de los demandantes.

Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria

enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).

En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.

La anterior tesis fue reiterada por la Alta Corporación del Trabajo mediante sentencia con radicado No. 44416 del 25 de abril de 2018, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se informó:

“La Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016).”.

De acuerdo con lo anterior y contrario a lo aducido por el apoderado de la parte demandada, quien debe acreditar los actos tendientes a demostrar la buena fe es el demandado, frente a la falta de pago de la indemnización moratoria y a la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo.

Así las cosas, se advierte que el único medio de prueba que aduce la parte demandada para demostrar la buena fe de la ex empleadora, es el interrogatorio de parte de la demandante, quien adujo recibió pago de la liquidación final de prestaciones sociales mediante consignación de depósito judicial, no obstante, no se allegó documento alguno que acreditara tal postura y contrario a lo anterior, el mismo representante legal de la demandada informó en su interrogatorio que hubo un retraso en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, hasta tanto la sociedad pudo obtener capital para efectuar la consignación del depósito judicial, sin embargo, éste único acto no sirve para acreditar la buena fe, pues si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha informado que tal acto libera al encartado de las indemnizaciones y sanciones, también lo es, que en el caso particular la sociedad Gestar Innovación S.A.S., tenía conocimiento de la falta de pago de por los menos las cesantías en favor de la actora, sin que se hubiere producido su pago, hecho que no fue refutado por la encartada, ni acreditado procesalmente.

Finalmente, tampoco se puede acoger el dicho de la pasiva en el entendido que la demandada tuvo problemas financieros, pues si bien en

el recurso se informa sobre la existencia de un proceso ejecutivo en su contra, adelantado ante el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá por la suma de \$350.000.000, también lo es, que ni siquiera la demandada realizó gestiones tendientes a demostrar tal situación, por lo que no es posible quedarse con el simple dicho de la pasiva para tener por ciertos los medios de defensa de la encartada, argumentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado, sin que se haga necesario efectuar pronunciamiento alguno referente a la absolución de la indemnización por despido indirecto, pues tal decisión no fue controvertida por el extremo interesado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo de la encartada y sin ellas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia y las de primera a cargo de la parte demandada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-007-2015-00839-01. Proceso ordinario de Gerardo Gutierrez Tovar y Sandra Milena Saldaña contra Lewis Energy Colombia INC (Consulta Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 22 de mayo de 2018 en la que, para lo que interesa al estudio, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Solicitan los demandantes en nombre propio y en representación de su hija menor María Daniela Gutiérrez Saldaña, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de agosto de 2011 y el 7 de enero de 2015, que en ejecución del mismo

desarrolló una enfermedad profesional denominada trastorno mixto de ansiedad y depresión que le produjo una pérdida de capacidad laboral del 37,45% y que su empleadora es patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales, morales, fisiológicos y psicológicos que la misma les causó; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los perjuicios morales, materiales y a la vida en relación; así como al pago de 6 días de salario por cada mensualidad laborada y como consecuencia de ello la reliquidación de intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dominicales y festivos, los gastos de movilización en que incurrió por su traslado desde la ciudad de Bogotá al bloque Guachiria vereda los Chochos de Trinidad Departamento de Casanare, la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del C.S.T. y la indexación de las sumas adeudadas.

Como sustento de sus aspiraciones indicaron que la sociedad demandada mediante la modalidad de contrato de término indefinido vinculó al demandante Gerardo Gutiérrez Tovar para desempeñar el cargo de Almacenista de Producción en la estación Primavera del bloque Guachiría y Guachiría Sur, y se pactó como contraprestación por sus servicios la suma de \$3'500.000,00.

Afirman los accionantes que con ocasión a la instalación de bombas de inyección a finales del año 2013 el trabajo se incrementó en más de la mitad, que en el año 2014 la empleadora prescindió de los servicios del Almacenista de Perforación y el accionante Gutiérrez Tovar debió asumir dichas funciones y que además recibía solicitudes de materiales de los almacenistas y mecánicos de la Guajira y el Magdalena Medio.

Sostienen que el exceso de las funciones realizadas generó en el accionante Gutiérrez Tovar afecciones de orden psicológico por estrés, en

virtud de la cual se le expedieron en forma sistemática incapacidades médicas y que le ocasionó una enfermedad profesional denominada Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión, la que de acuerdo con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez le produjo una pérdida de capacidad laboral del 37,45%.

Señalan que con ocasión a la referida enfermedad han padecido perjuicios de orden moral y material.

De otra parte, indican que en el contrato de trabajo se estableció la prestación del servicio en la modalidad 14 X 10, es decir, por 14 días laborados en campo le concedían 10 días de descanso; pero que en realidad el accionante Gutiérrez Tovar laboró 20 días y se le concedió el derecho a 10 días de descanso, sin que se le cancelara el valor de los 6 días de trabajo adicional.

Una vez notificada, la sociedad demandada dio respuesta a la demanda en la que aceptó la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, y se opuso a las demás pretensiones, para lo cual adujo en su defensa que durante el desarrollo del vínculo laboral del demandante nunca informó la existencia de alguna enfermedad profesional y que en vigencia del vínculo canceló todas y cada unas de las acreencias laborales a su cargo. Propuso en su defensa la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas.

Mediante providencias del 14 de octubre de 2016 el Juzgado de primer grado dispuso la vinculación en condición de Litis consortes necesarios tanto de la ARL Positiva como de la ARL Colmena, las que una vez notificadas dieron respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones.



El *aquo* absolvió tanto a la sociedad demandada como a las vinculadas en condición de litisconsortes necesarias, de todas y cada una de las pretensiones; al considerar en esencia de un lado que no se acreditó por parte de los accionantes la existencia de culpa suficientemente comprobada frente a la enfermedad del demandante y que además se estableció que la misma era de origen común, de otra parte indicó que de acuerdo con los desprendibles de pago aportados, al accionante se le cancelaron los salarios en la forma acordada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En cuanto la decisión de primer grado fue adversa a los intereses del trabajador y no fue impugnada, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.S.T. se dispuso remitir el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a establecer de un lado, si resulta procedente acceder al reconocimiento de la indemnización plena de perjuicios deprecada respecto de la enfermedad que presenta el demandante Gerardo Gutiérrez Tovar; y de otro, si la sociedad demandada adeuda alguna suma por concepto de salarios y de ser así si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales.

Con tal propósito, resulta pertinente señalar que no fue objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditada la existencia de una relación de carácter laboral entre la sociedad demandada y el accionante Gerardo Gutiérrez Tovar por el periodo comprendido desde el 11 de agosto de 2011 hasta el 7 de enero de 2015, en el que el trabajador se desempeñó como Almacenista. Circunstancias que se establecen del contrato de trabajo suscrito entre las partes¹, la misiva de terminación unilateral del mismo², la liquidación del contrato de trabajo³.

Así mismo, de acuerdo con los dictámenes de calificación de invalidez proferidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el ex trabajador presenta una pérdida de capacidad laboral del 37,45% derivada de la enfermedad denominada “*TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN*”, circunstancia de la cual además da cuenta la historia clínica del señor Gutiérrez Tovar aportada en cuaderno anexo.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que respecta a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, corresponde tener en cuenta que acorde con lo que establece el artículo 216 del C.S.T., se parte del supuesto de la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia o bien del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral, en cuanto se trata de una responsabilidad de tipo subjetivo.

Al efecto, resulta pertinente rememorar lo que precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 13653 del 7 de octubre de 2015, en donde sobre este tópico adoctrinó:

¹ Cfr fls 4 a 6

² Cfr fl 7

³ Cfr fl 8



“...la Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre muchas otras)”.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, corresponde tener en cuenta que el accionante Gerardo Gutiérrez Tovar acudió como particular a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila⁴ a efecto de solicitar la calificación de su pérdida de capacidad laboral como prueba anticipada y en virtud de ello la referida entidad profirió dictamen en el que determinó que para el 28 de abril de 2015 respecto de la patología de “TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN” presentaba una pérdida de capacidad laboral del 37,45%, la cual se estructuró el 10 de marzo de 2015 y que cuyo origen determinó como laboral.

Sin embargo, en virtud del dictamen decretado al interior del proceso la Sala 3 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez⁵, determinó que si bien el accionante Gutiérrez Tovar respecto de la misma patología presentaba una pérdida de capacidad laboral del 37,70%, la misma se estructuró el 25 de septiembre de 2016 y su origen era común.

⁴ Cfr fls 15 a 19.

⁵ Cfr fls 508 a 512



Del análisis de uno y otro medio de convicción prefiere la Sala el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación, en tanto se advierte que el mismo se funda en la valoración que realizó la misma entidad, relaciona de forma clara los conceptos médicos de los especialistas que fueron tenidos en cuenta para el efecto y además señala en forma clara las razones por las que considera que la patología que presenta el ex trabajador no puede ser considerada de origen laboral o profesional.

En efecto, contrario a lo que refleja el dictamen practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, en el que no se exponene las razones que le permitieron concluir que el origen de la enfermedad que presenta el extrabajador es profesional; la Junta Nacional de Calificación expresó:

“En relación con el origen de la patología, de acuerdo con la historia clínica obrante al expediente y teniendo en cuenta que el paciente asistió a la valoración médica, se encuentra hombre [d]e 56 años de edad, de ocupación almacenista en empresas del sector petrolero durante 27 años, hasta su retiro en el 2015. Registros de historia clínica de trastorno mixto de ansiedad y depresión desde marzo de 2012, que el trabajador asocia a factor de riesgo psicosocial laboral; sin embargo, para finales del 2015 el diagnóstico evoluciona hacia el trastorno depresivo recurrente y para julio de 2016 se configura un cuadro de trastorno afecivo bipolar que se mantiene hasta la fecha. Consideramos que se trata de patología de origen común por no estar incluida en el protocolo para la determinación de origen para patologías derivadas del estrés; protocolo que se constituyó en marco referencial obligatorio según resolución 2646 de 2008...”

En tal sentido, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, a juicio de la Sala la patología que presenta el extrabajador



es de origen común, y esta circunstancia de entrada permite desestimar la indemnización de perjuicios deprecada por los accionantes, pues no se puede predicar responsabilidad alguna a cargo del empleador de una patología que no es laboral, máxime cuando de acuerdo con la historia clínica del extrabajador accionante para el 2 de febrero de 2010, esto es, antes de la suscripción del contrato de trabajo, ya padecía episodios de ansiedad.

En todo caso, aun en gracia de discusión, advierte la Sala que no existe medio de convicción dentro del plenario que permita establecer que la carga laboral que tenía el ex trabajador mientras prestó servicios para la entidad accionada produjera en éste estrés laboral y que éste a su vez fuera el causante de la patología que actualmente presenta, pues la prueba testimonial recepcionada no es un medio de prueba idóneo para el efecto; y como se advirtió, la calificación emitida no da cuenta de ello.

En las condiciones analizadas no resta a la Sala más que confirmar la decisión que frente a este aspecto acogió el servidor judicial de primer grado.

Ahora, en lo que respecta al pago de diferencias salariales deprecadas, el cual se sustenta en el trabajo en un turno diferente al que le correspondía puesto que en el contrato de trabajo se acordó que sería de 14 días de trabajo por 10 días de descanso, y en realidad laboró 20 días al mes; también lo es que el único medio de convicción que da cuenta de la jornada de trabajo del extrabajador es el deponente Miguel Ángel Bonilla Sandaña, sin embargo, a juicio de la Sala tal medio de prueba no es idóneo para acreditar los días en que efectivamenete laboró el accionante, máxime cuando éste reconoce que cuando ingresó a trabajar para la demandada el accionante Gutiérrez Tovar ya se encontraba

laborando y que además cuando se desvinculó aquel continuó prestando servicios.

Por lo tanto, a pesar que de acuerdo con el planteamiento que efectúa la parte actora, implica que el extrabajador prestara sus servicios en un mayor número de días al acordado en el contrato de trabajo, lo cierto es que no existe medio de convicción que permita establecer con certeza tal situación, lo que resulta de total relevancia más aun cuando en tratándose de trabajo adicional no le es dado al servidor judicial hacer cálculos y suposiciones; motivo por el que se confirmará la determinación que acogió el juez de primer grado frente a éste aspecto, pero de acuerdo con las razones anotadas.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin costas en esta instancia dado que el conocimiento de la decisión de primer grado se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Sin costas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado