

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIANA ISABEL CARVAJAL GUARNIZO CONTRA PUBLICAR SERVICIOS S.A.S.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para surtir la presente audiencia, los Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral la declaran abierta*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

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

*DEMANDA*

*Diana Isabel Carvajal Guarnizo, por medio de apoderado judicial, demandó a Publicar Servicios S.A.S., se declare que entre las partes existió contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de octubre de 1994 y el 10 de abril de 2017; el cual finalizó de manera ilegal y sin justa causa puesto que no medió autorización del Ministerio del Trabajo. En consecuencia, se condene al*

*reintegro al cargo que ocupaba, o a uno de igual o mejor categoría sin solución de continuidad; de igual manera se condene al pago de salarios, aportes en pensión, la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997, lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.*

*Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 2 a 5 del expediente, en los que en síntesis indicó que: se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de octubre de 1994 como auxiliar de gestión de datos, por lo que estaba encargada de manejar bases de datos, digitar información y realizar llamadas telefónicas, en un horario de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 5:30 p.m., bajo las órdenes de Catalina García y Rosa Vizcaíno; con ocasión a labor desarrollada le fueron calificadas como de origen laboral las patologías de epicondilitis lateral bilateral, epicondilitis media bilateral, otras senovitis y tenosinovitis, tendinitis de flexoextensores de puño bilateral, tenosinovitis de estiloides radial, y tenosinovitis de quervain bilateral; también en su historia laboral se registran otros padecimientos desde mediados de 2005; debido a los problemas de salud como dolor en las extremidades superiores, piernas, dolor de cabeza, hemorragias abundantes durante el ciclo menstrual y hemorragia nasal; se le prescribieron varias incapacidades médicas; empezó a realizar sus labores en teletrabajo a partir del 25 de febrero de 2013, previa visita domiciliaria en la que determinó que el lugar reunía las condiciones para ejecutar el empleo; dicho trámite lo realizaron la auxiliar de recursos humanos y su entonces jefe Catalina García; se le asignó un computador y una silla, además de un auxilio para telecomunicaciones; compró de su peculio el escritorio; a causa del dolor que presentaba en repetidas oportunidades solicitó el cambio de silla, pero no se atendió la petición; de igual manera pidió el estudio del puesto de trabajo, siendo el empleador renuente en vigencia del vínculo laboral, elaborando dicho estudio luego de 5 meses de finalizado el nexo entre las partes; el 7 de abril de 2017 se le dijo que debía acudir el día 10 del mismo mes y año a una capacitación, por lo que se presentó conforme a lo ordenado, una vez en la empresa se le dijo que debía ir al área de personal, lugar en el que se ubicaron sobre el escritorio dos misivas, la primera se refería a la terminación del contrato de común acuerdo y la segunda sin justa causa, advirtiéndose que en caso de rubricar la primera recibiría recomendaciones de lo contrario, no; dada la presión ejercida por los representantes del empleador suscribió la carta de despido injusto y en ella*

*anotó “firmo obligada, estoy tramitando enfermedades laborales”; la reticencia de la empresa en suministrar los documentos necesarios para la calificación del origen de las patologías, impidió la expedición de un dictamen oportuno; la historia laboral soporta los diferentes diagnósticos por los que fue tratada durante 14 años; la JUNTA Regional de Calificación de Invalidez determinó una PCL del 21,90%; por encontrarse cesante ha tenido problemas para acceder a los servicios de salud.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Publicar Servicios S.A.S. en legal forma y dentro de término mediante escrito obrante en el disco compacto de folio 78, en el que se opuso a todas las pretensiones, frente a los hechos dijo que la demandante suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con Publicar S.A., el cual fue objeto de sustitución patronal a partir del 1º de mayo de 2016 a la hoy enjuiciada; el último cargo desarrollado por la activa fue el de auxiliar de gestión de datos en la que debía actualizar y crear datos de clientes y generar respuestas oportunas, en un horario de 7:45 a.m. a 5:30 p.m. de lunes a viernes; el acuerdo de teletrabajo lo suscribió la activa con Carvajal Información S.A.S. hoy Publicar Publicidad Multimedia S.A.S. el 26 de febrero de 2013, colocando para el efecto los elementos y herramientas para el desarrollo de labor, previa visita del área de seguridad y salud en el trabajo en compañía de la ARL; agregó que en vigencia de la relación laboral no conoció de calificación de PCL alguna, aunado a que para la fecha del despido no mediaba incapacidad médica, por lo que la terminación del vínculo entre las partes se notificó el 10 de abril de 2017; pasados 19 meses desde la finalización del nexo, se le notificó la calificación emitida por la JRCIBC de 18 de enero de 2019, en la que se estableció como fecha de estructuración el 5 de marzo de 2018. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de derecho, inexistencia de un estado de debilidad manifiesta en cabeza de la demandante para el momento del despido y la consecuente inaplicabilidad de estabilidad laboral reforzada, imposibilidad física y material de reintegro, prescripción, compensación, buena fe y genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia atrás referida (CD fl. 77 y acta fl. 76) en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la demandante.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la demandante la recurre en apelación aduciendo que el empleador tenía conocimiento de su estado de salud y de ello obran como prueba los testimonios, los correos electrónicos adosados, además de los informes presentados por la extrabajadora a la coordinadora del programa de salud en el trabajo, de manera que la inexistencia de documentos con recibido de la empresa que soporten ese hecho, no implica ignorancia alguna de la condición de salud; agregó que el dictamen de PCL no es un elemento necesario para determinar la estabilidad laboral de la trabajadora, máxime cuando en la carta de despido se dejó constancia de que estaba en proceso de calificación, al punto que con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo se expidió el dictamen correspondiente, nótese que previo al despido estuvo incapacitada en el mes de febrero de 2017, sin que pueda pretenderse que tuviera una incapacidad permanente, ya que no es lo mismo trabajar desde casa que desplazarse hasta la oficina razón por la que toleraba las dolencias; el despido no obedeció a ninguna reestructuración de la empresa, sino a que la activa ya no era productiva; también disiente de la decisión en el sentido que se concedió amparo de pobreza y se condenó en costas*

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

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.*

*CONTRATO DE TRABAJO - EXTREMOS - TERMINACIÓN*

*No fue objeto de controversia en la alzada, la decisión del a quo de declarar que entre la demandante y Publicar S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido partir del 1º de octubre de 1994, y con la sociedad demandada Publicar Servicios S.A.S. por sustitución patronal a partir del 1º de mayo de 2016, hasta el 10 de abril de 2017, en el cargo de auxiliar de gestión de datos con una asignación mensual de \$1.554.000, lo que se corrobora con el contrato de trabajo visible a folios 15 a 17, comunicación de terminación del contrato de trabajo (fl. 18), notificación de sustitución patronal (fls. 4 y 5 C.D. fl. 78 archivo pruebas contestación), certificación laboral (fl. 9 C.D. fl. 78 archivo pruebas contestación). Tampoco se discute que el empleador dio por finalizado el contrato de trabajo sin justa causa (fls. 18).*

#### **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**

*La parte demandante centra su inconformidad en que, al momento del despido acaecido el 10 de abril de 2017, la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada dada su condición de salud, circunstancia que era plenamente conocida por la sociedad empleadora y que se acreditó con las pruebas arrojadas al plenario.*

*Para resolver la Sala advierte que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:*

*“(...) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”*

*Dicho precepto fue declarado exequible en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de*

*una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.*

*Conforme recientemente lo ha puntualizado la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la disposición protege al trabajador con discapacidad en la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad». “La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, preámbulo literal e).*

*El enfoque “biopsicosocial”, define la discapacidad, desde el punto de vista relacional, como el resultado de interacciones complejas entre las limitaciones funcionales (físicas, intelectuales o mentales) de la persona y del ambiente social y físico que representan las circunstancias en las que vive esa persona incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, denotando los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y la de los factores contextuales individuales (factores ambientales y personales).” (CIF, Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, desarrollada por la Organización Mundial de la Salud OMS, Ginebra, Suiza 2001.)*

*Ahora, comparte la Sala el análisis del juzgado de conocimiento en la providencia objeto de recurso, en cuanto a que el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad*

*laboral, ya que no existe norma que así lo disponga, de manera que hay libertad probatoria sobre el particular.*

*Bajo los anteriores derroteros, se procede al análisis de los medios de convicción obrantes en el plenario. Pues bien, fue aportado copias de: correos electrónicos del 13 y 28 de febrero de 2017, respectivamente, en los que se anota “Adjunto envío los documentos, que estaban pendientes correo anterior citas de terapia física, terapia ocupacional, historia clínica de fisioterapia y orden para cirugía Iridotomía Yag laser” y “Que pena no te había contestado, si me hicieron una CIRUGÍA CON LASER, SE ME CERRARON LOS ÁNGULOS OCULARES, la Dra dice que tenía Glaucoma de ángulos cerrado, pero ya mejor estoy en controles. También estoy haciéndome mis terapias ocupacionales y terapias físicas en la mañana. Te escribí también sobre la silla, por los soportes de los brazos la que tengo no tiene brazos. Quedo pendiente de enviarte los soportes de las terapias, es que no tengo scanner, mañana lo hago” (fls. 23 y 22 vto).*

*También se allegó el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 18 de enero de 2019, en el cual se determinó una minusvalía del 21,90%, de origen laboral, estructurada el 18 de enero de 2019, por los diagnósticos de epicondilitis lateral, epicondilitis media, otras sinovitis y tenosinovitis y tenosinovitis de estiloides radical (fls. 33 a 37); evaluación de salud ocupacional del 20 de octubre de 2008 con la observación “colaborador presenta vena varice x lo q’ se recomiendan ejercicios de posicionamiento, ejercicios de bombeo en piernas, cambiar constantemente de posicionamiento, ejercicios de estiramiento cuello” (fl. 38); historia clínica calendada **i)** del 17 de diciembre de 2008 con el diagnóstico “venas varicosas de los miembros inferiores sin ulcera ni inflamación” (fl. 39); **ii)** 22 de noviembre de 2011 “adenoma hipofisario (2007) cefalea tipo tensión alopecia” (fl. 40); **iii)** 23 de noviembre de 2012 “refiere desde hace unos meses sangrado vaginal abundante pero ciclos mensuales” (fl. 41); **iv)** 14 de junio de 2014 “diagnostico: 1. epicondilitis bilateral, 2. Gonartrosis, 3. Fibromialgia” (fl. 42); **v)** 25 de abril de 2016 “6 sesiones hora 6:30 a.m. continuo con calor corriente interferencial, estiramientos de muñeca y dedos, ejercicios de deslizamiento, fortalece con malla roja, plastilina verde y 2 libras selectivo. Termina sin complicaciones” (fl. 43); **vi)** 14 de mayo de 2016 “diagnostico epicondilitis media” (fl. 44).*

*De los medios de convicción reseñados en precedencia, se colige que las patologías diagnosticadas a la accionante por las cuales reclama su condición*

*de beneficiaria de estabilidad laboral reforzada, contrario de constituir complicaciones considerables en su estado de salud, que haya conllevado a asistir constantemente a controles médicos o le hayan generado continuamente la expedición de incapacidades, que merezca especial protección, incluso, con posterioridad a la finalización del vínculo entre las partes (10 de abril de 2017) se le expedieron dos incapacidades de 2 y 5 días, en los meses de junio y julio de 2018.*

*No puede dejarse de lado que la actora aduce en los hechos de la demanda que se dispuso por el empleador que desarrollara sus labores en teletrabajo en razón a los quebrantos de salud, sobre el punto, la “propuesta de acuerdo de teletrabajo” visible a folios 20 a 22 aportada con el libelo introductor, en ninguno de sus apartes hace alusión a que el cambio de la modalidad en la prestación de servicios obedezca a razones de salud de la entonces trabajadora.*

*Tampoco desconoce la Sala que la actora tenía algunas afecciones de salud, que incluso conllevaron a que en el mes de febrero de 2017, fuera prescrita incapacidad médica por tres días, sin que ese solo hecho, pueda llevar a concluir que el detrimento en su salud en ese momento era de tal envergadura que impedía el normal ejercicio de sus funciones.*

*Al punto, de la prueba testimonial recaudada de las compañeras de trabajo de la demandante se escuchó a las señoras **Myriam Marcela Tafur Oviedo**, también realizó labores de trabajo, pero a diferencia de la demandante, ella cambió a esa modalidad por solicitud y no por alguna condición de salud; trabajaron juntas hasta el año 2010, luego cambió de área; en la empresa le dijeron que debía volver de manera presencial, ya que la sociedad no tenía suficientes ingresos; **Martha Cecilia Cuellar Castañeda** dijo que todos los trabajadores de teletrabajo tenían esa modalidad porque estaban enfermos, sabe que la demandante estaba enferma para la fecha del despido, debido a que hablaron del cambio de la silla, pues ella -la testigo- la solicitó debido a su enfermedad y le fue suministrada por el empleador, y la actora estaba en el mismo trámite; y **Nubia Consuelo Martínez Serrato** no estuvo en teletrabajo, supo que hubo varias personas en esa modalidad, pero no sabe cuál era el motivo para ese cambio; estuvo con la demandante hasta un año*

*antes de que se fuera a trabajar desde la casa; **todas** las deponentes fueron coincidentes en manifestar que conocían del estado de salud de la actora, durante los años previos al despido, debido a que la señora Diana Isabel les contaba y que ninguna ejecutaba sus labores en la misma área que la actora.*

*Entiende la corporación que la demandante se encontraba en teletrabajo por lo que no era posible que a las testigos les constara de manera directa la disminución física de la señora Carvajal Guarnizo, sin embargo, existen otras circunstancias que permiten demostrar esa afectación en salud o que pudieron llevar a ese conocimiento a las testigos de manera directa en caso de que hubieren laborado directamente con ella.*

*Si bien la demandante afirmó en su interrogatorio que al momento de la terminación del contrato, estaba recibiendo terapias, esa situación no se corroboró con la documental incorporada como pruebas.*

*De ahí, que no estar acreditado que el contrato de trabajo de la demandante finalizó por razón de su discapacidad, o que la demandante se encontraba en incapacidad, no hay lugar a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que lleva a la sala a confirmar la decisión de primera instancia.*

*Por último, de la inferencia que realiza la parte actora respecto a que el despido tuvo lugar por la baja productividad, es de resaltar que esa situación no fue objeto de debate, ya que no se plantearon hechos en ese sentido, ni los testigos plantearon esa situación, supuesto fáctico que tampoco puede deducirse de la carta de terminación en el contrato de trabajo (fl. 18), en la que se sostuvo que la decisión de finalizar la relación entre las partes obedecía a “la necesidad de implementar modificaciones en la estructura y funcionamiento del área para la cual usted prestaba sus servicios”.*

*Respecto a la condena en costas en primera instancia a la parte demandante, encuentra la Sala que el A quo accedió a la solicitud del demandante de amparo de pobreza en auto del 9 de septiembre de 2020 (fl. 71), por lo que no habría lugar a la condena mencionada, teniendo en cuenta lo contemplado en el*

artículo 154 del C.G.P., por lo que se procederá a revocar la condena impuesta por ese concepto.

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

### RESUELVE

Primero.- Revocar el ordinal cuarto de la sentencia apelada y en su lugar se absuelve a la parte demandante de las costas de primera instancia.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Las partes quedan notificadas en estrados.

  
MILLER ESQUIVEL GALDAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUANA MARLENE ESCOBAR CAMARGO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

**A U T O**

*Reconócese personería a la Dra. Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No. 65.701.747 y la T.P. No. 123.148 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Sonia Lorena Riveros Valdés quien se identifica con la C.C. No 1.105.681 y la T. P. No. 255.514 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustitut de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

*Notifíquese*

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

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en*

*el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso*

#### ANTECEDENTES

*Juana Marlene Escobar Camargo mediante apoderada judicial demandó a la Administradora Colombiana de pensiones, Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Para que se declare la nulidad del traslado a la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, se condene al fondo de pensiones a transferir a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos y a esta última, a activar la afiliación, así como a recibir los aportes, lo ultra y extra petita, y por las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 23 de septiembre de 1964, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 55 años; se afilió al ISS en abril de 1985, permaneciendo allí hasta que realizó el traslado a la AFP Porvenir S.A. el 6 de abril de 1994; el fondo de pensiones no suministró información adecuada y completa del RAIS, únicamente se hizo referencia a las ventajas de dicho régimen, sin hacer inferencia a sus desventajas, así como las diferencias entre los regímenes pensionales; elevó solicitud al CSJ a efectos de que se expidiera los CLEBP, en el que constan los tiempos cotizados a la Rama Judicial; pidió a Porvenir copia de la documental en la que obrara la información recibida al cambiarse de régimen, AFP que le remitió como respuesta formulario de afiliación, copia de la historia laboral y unos comunicados de prensa; de igual manera petitionó a Colpensiones la nulidad de la afiliación al RAIS, entidad que se pronunció de manera negativa a sus intereses.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 67 a 101); respecto de los hechos aceptó el natalicio de la activa y su edad, la afiliación al RPMPD, el traslado al RAIS, la reclamación*

*administrativa y su respuesta. Como medios de defensa propuso las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.*

*Porvenir S.A. se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda (fls. 153 a 171), en cuanto a los hechos la fecha de nacimiento y la edad de la señora Escobar Camargo la afiliación al ISS previo a la vinculación a la AFP, la petición incoada por la activa y la respuesta Propuso las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2) en el cual, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS, efectuado el 6 de abril de 1994 a Porvenir S.A.; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de I.V.M. a Colpensiones; ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; y se condenó en costas a las demandadas en suma de 3 SMLMV, pagaderos a cuota parte.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, las apoderada de: Colpensiones la recurre para que se absuelva a la entidad de todas las pretensiones teniendo en cuenta que no se acreditaron los vicios del consentimiento por lo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que esté presente alguno, en cuanto a la carga de la prueba, se tiene que el artículo 167 del C.G.P. las partes tienen la obligación de probar los supuestos facticos en que fundan sus*

*obligaciones según el extremo que ocupan, sin que la activa cumpliera con dicha carga; también sostiene que nadie puede terminar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados de este sistema dado que el RPMPD se descapitalizaría.*

*Porvenir S.A. adujo que no se apreció de manera clara, la confesión realizada por la accionante al momento de absolver su interrogatorio de parte, si bien el despacho indica que la AFP no cumplió la carga de la prueba, ésta no solo debe ser de manera documental con lo cual se está limitando a la oportunidad procesal de acudir otros medios probatorios, siendo la confesión es uno de esos medios de convicción, en esa medida, del dicho de la absolvente se extrae que no solo se brindó una asesoría sino que también conoció las características de los regímenes pensionales y se cumplió con el deber de información que era predicable para la época, por lo que debe revocarse la totalidad de la sentencia.*

#### **ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en los que adujo que no procede la declaración de ineficacia del traslado, se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003; la declaración injustificada de nulidad pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.*

#### **CONSIDERACIONES**

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

#### **ACLARACIÓN PREVIA**

*Colpensiones en los alegatos hizo referencia a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto*

*a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 57 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (C.D. fl. 2 Pdf. 52); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 6 de abril de 1994 efectivo a partir del 1° de mayo del mismo año a la AFP Porvenir S.A.. (C.D. fl. 2 Pdf. 175) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos este punto.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "Porvenir S.A. al momento de afiliar (...) no le brindó la información adecuada y completa acerca del régimen de*

*ahorro individual con solidaridad”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir*

*S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 6 de abril de 1994 efectivo a partir del 1º de mayo de la misma anualidad (C.D. fl. 2 Pdf. 175). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte dijo que para abril de 1994 estaba vinculada a pensiones al otrora ISS, en una charla para vincularse como asesora comercial de Porvenir S.A. se le instruyó sobre los beneficios y rentabilidad enfocada a la AFP encaminada a trasladar personas para ella accediera a un mejor ingreso, incluso asegurando a los potenciales afiliados que el ISS desaparecería, en esa oportunidad suscribió el formulario de vinculación; decidió regresar a Colpensiones hace unos años cuando se dio cuenta de que afectaría sus ingresos, pero no pudo hacerlo porque no cumplía los requisitos para hacerlo; las capacitaciones se enfocaron en las diferencias de los regímenes, colocando como un ejemplo puntual Chile, señalando dentro del enfoque siempre que la administradora de prima media se iba acabar, daban ejemplos de grandes compañías a nivel nacional que entraron en quiebra y que existía la posibilidad que no se exigiera tiempo y edad, sino que tuviera básicamente un monto en específico para la proyección de vida las mujeres en específico para pensionarse, se les impulsaba a captar personas; suscribió el formulario de manera voluntaria, antes de terminar la capacitación encaminada a un tema comercial; cuando dejó de trabajar en Porvenir S.A. no retornó a Colpensiones, debido a que en ese momento no se documentó acerca de lo que realmente sucedía con el traslado, ya que estaba convencida de lo que le habían dicho para desarrollar su labor; un particular la asesoró y a partir de eso decidió regresar al RPMPD; sabía que podía hacer aportes voluntarios; tenían conocimiento de que el ISS tenía dos requisitos vs el fondo que no tenía esas exigencias y el fondo les iba a generar rentabilidad, cosa que no sucedería en el ISS, pues siempre se les recalcó que la entidad sería liquidada ya que los fondos de pensiones se habían creado para absorber a los afiliados del seguro social.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la **AFP Porvenir S.A.**, al momento de acoger como afiliada*

*a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional. Ahora, que en el interrogatorio la activa hiciera mención de algunos puntos del RAIS, ello no implica que le fueran puestas de presente las ventajas y desventajas de ambos regímenes, nótese como narró que se desempeñó como asesora de la AFP demandada en la época en que realizó el traslado y ni siquiera bajo esa circunstancia recibió la ilustración necesaria encaminada a propender por el buen consejo, máxime cuando aquella relató en varias oportunidades la AFP siempre partió de que el ISS se liquidaría.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el C.D. fl. 2 Pdf. 172 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el C.D. fl. 2 Pdf. 172 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5*

*días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga procesal del artículo 167 del CGP, lo que tampoco se desprende de la eventual confesión de la actora, como se anuncia n el recurso.*

*Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de*

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

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

---

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

*la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

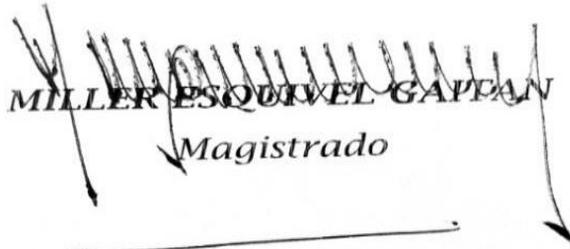
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

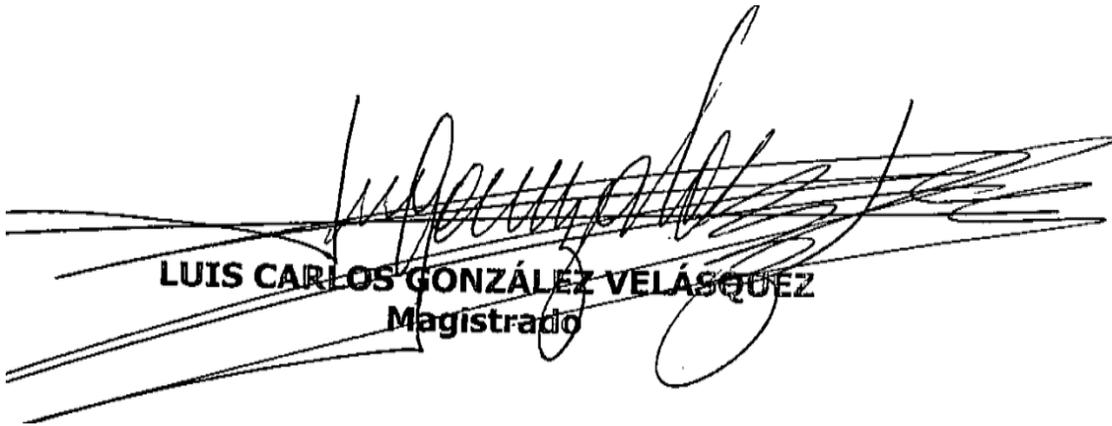
**RESUELVE**

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

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

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS HERNANADO LOZANO GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia del 8 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, y en las condenas no apeladas se revisarán en el grado de consulta.*

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

*Luís Hernando Lozano González, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, a partir del 3 de enero de 2008, fecha de estructuración del estado de invalidez; que tienen derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce; al pago del retroactivo de mesadas pensionales causadas entre el junto con el correspondiente retroactivo de mesadas causadas hasta diciembre de 2017, debidamente indexado.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folio 26 y 27 del expediente, en los que en síntesis se indica que: de manera intermitente desde 1978 a 2008 cotizó 245,68 semanas en el RPMPD cumplió requisitos para obtener su pensión de invalidez por enfermedad común conforme a la Ley 100 de 1993; y entre 2005 y 2008 cotizó 141 semanas de manera consecutiva; el 13 de marzo de 2008, se emitió dictamen médico laboral por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá en la que determinó una pérdida de la capacidad laboral del 52.92%, con fecha de estructuración el 3 de enero de esa anualidad; que el 25 de abril de 2008 solicitó al ISS el reconocimiento de la prestación económica por invalidez, la cual fue negada a través de resolución 029771 del 10 de julio de 2008, con fundamento en que no cumplió el requisito de fidelidad al sistema; y posteriormente por medio de las resoluciones No. 134 del 6 de enero de 2010, 1193 de 2010 y GNR 187762 del 23 de junio de 2015 se le negó la pensión reclamada; que Colpensiones en resolución SUB 281101 del 6 de diciembre de 2017 le reconoció el derecho; que seguidamente solicitó la reliquidación pidiendo su reconocimiento desde la fecha de estructuración de su estado de invalidez, la cual fue negada en resolución SUB 141734 del 5 de junio de 2018, confirmada por resoluciones SUB 217150 del 13 de agosto de 2019 y DPE 9549 del 11 de septiembre del mismo año, al resolver recursos de reposición y apelación interpuestos contra el acto administrativo citado.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 36 a 40 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos los acepta todos aclarando que entre 2005 y 2008, registra 161,74 semanas cotizadas. Propuso las excepciones que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.*

#### *FALLO DE PRIMERA INSTANCIA*

*Agotada la etapa probatoria atendiendo lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 98) en la que condenó a*

*Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 3 de enero de 2008; declaró probada la excepción de prescripción de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de octubre de 2014; condenó al Colpensiones al pago de retroactivo de mesadas causadas entre 20 de octubre de 2014 y el 30 de noviembre de 2017; equivalente a \$29.989.874,00; y condenó en costas a la demandada.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación, para que se revoque, con el argumento de que era al demandante a quien le correspondía demostrar en su momento que no estaba percibiendo el pago incapacidades por parte de la ESP a la que se encontraba afiliado y en razón de ello fue que Colpensiones se abstuvo de realizar de manera oportuna el reconocimiento prestacional, con el fin de evitar un doble pago. De otra parte pide que se revise la decisión de primera instancia frente a la excepción de prescripción ya que no se tuvo en cuenta la fecha de presentación de la demanda para determinar el término prescriptivo de mesadas.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo pasivo presentó alegatos en esta instancia solicitó se revoque la decisión de primera instancia, insistiendo que el reconocimiento prestacional otorgado en su momento se realizó conforme a los parámetros establecidos legalmente.*

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

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandada Colpensiones y en las condenas no apeladas se revisarán en el grado de consulta.*

#### *PENSIÓN DE INVALIDEZ*

*Es de precisar que desde el mismo momento en que al demandante se le determinó la pérdida de la capacidad laboral por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá superior al 50% ha venido requiriendo el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez por riesgo común, la cual inicialmente fu negada a través de las diferentes resoluciones No. 029771 del 10 de julio de 2008, con fundamento en que no cumplió el requisito de fidelidad al sistema; y posteriormente por medio de las resoluciones No. 134 del 6 de enero de 2010; 1193 de 2010 y GNR 187762 del 23 de junio de 2015; lo cual fue aceptado por la encartada desde la contestación de la demanda; hasta que por solicitud presentada el 20 de octubre de 2017 Colpensiones por medio de la resolución SUB 281101 del 6 de diciembre de 2017, le reconoció la prestación económica a partir del 1° de diciembre de esa anualidad, es decir, con corte a nómina, en cuantía equivalente al SMLMV; a pesar de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral; por lo que el debate se centra en la fecha a partir de la cual debió ser reconocido el derecho prestacional y si hay lugar al reconocimiento y pago de del retroactivo de mesadas ordenado por el a quo.*

*De acuerdo con el dictamen de folios 3 a 6 del expediente, expedido por Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 13 de marzo de 2008, al demandante se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 52.92%, con fecha de estructuración desde el 3 de enero de esa anualidad. Se ha dicho que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de invalidez es aquella que se encuentra vigente a la fecha de su estructuración, lo que de suyo implica que, en el presente caso, para el estudio de la prestación, es bajo la regulación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el cual establece:*

**“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** *Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

- 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

*[...]”.*

*Así, al analizar el reporte de semanas cotizadas del actor, visible a folios 16 y 17 observa la Sala que en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez cotizó 161,74 semanas, como lo aclaró la*

*demandada en la contestación de la demanda y se reconoce en el acto administrativo que concedió la prestación económica, que resultan suficientes para acceder a la prestación pretendida. Adicional a esto, debe apreciarse que a pesar de su estado de invalidez el señor Luis Hernando Lozano González no presentó incapacidades laborales por las cuales se le hubiese reconocido y pagado subsidio por incapacidad con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, lo cual fue acreditado dentro del expediente administrativo como lo reconoce la entidad recurrente, correspondiendo a ésta verificar tal circunstancia de acuerdo con las pruebas aportadas por el reclamante conforme los lineamientos establecidos por la misma entidad de seguridad social. En este orden, no cabe duda que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama a partir del 3 de enero de 2008, como lo concluyó el a quo, pues, dicha prestación se causa y se paga desde la fecha de la estructuración del estado que la ocasiona, a solicitud del interesado, tal cual lo consagra el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, al decir que:*

*“DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructura tal estado. Cuando el beneficiario estuviera en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio” y “La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”.*

*Luego, por disposición legal expresa, la pensión de invalidez se paga desde la fecha de la estructuración del estado que la ocasione, sin que se exija la desafiliación del sistema; pero, además, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, “la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”, es decir que antes de percibir la prestación por invalidez, el afiliado no tiene que dejar de cotizar, y por ello, no pierde su derecho, por haber continuado cotizando al sistema de pensiones y salud, por cuanto legalmente no se exige, para el reconocimiento de la pensión de invalidez la desafiliación del sistema pensional y de acuerdo con el reporte de semanas la última cotización la realizó con corte a 31 de agosto de 2008, circunstancia que como se indicó no impide que se acceda a esta prestación desde la estructuración de tal estado, porque eso es lo que prevé la ley.*

*A fin de establecer el monto de la pensión de invalidez, la Sala se remite al literal a) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual establece:*

*“ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:  
a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%. [...]”*

*En consecuencia, teniendo en cuenta que el demandante fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 52,92, y que al 3 de enero de 2008 (fecha de estructuración de la invalidez) acredita un total de 213 semanas cotizadas, lo que se traduce que la tasa de reemplazo de la prestación es equivalente al 45% el ingreso base de liquidación y revisada la historia laboral del promotor de la litis, su IBL corresponde al salario mínimo, por lo que la prestación es su equivalente, en 14 mesadas pensionales al año, con sus respectivos incrementos legales anuales, como dispuso en el fallo apelado.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

*Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Aquí, es preciso dejar sentado que el derecho a la pensión es imprescriptible, como lo ha reiterado de vieja data la jurisprudencia, prescribiendo sí las mesadas pensionales. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6° del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha*

*adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva, pero ante tal desconocimiento no conlleva la imprescriptibilidad de las mesadas adeudadas, por tratarse de una prestación de tracto sucesivo, para efectos de interrupción de la prescripción se debe contar desde la última reclamación que presente el solicitante.*

*Acorde con lo anterior, observa la Sala que la fecha del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá del 13 de marzo de 2008 (fls. 3 a 6); que si bien el actor viene reclamando el derecho prestacional desde el 25 de abril de 2008 y ésta le fue negada a través de diferentes actos administrativos, sin que hubiese iniciado acción judicial. Por lo que para efectos del proceso se tiene en cuenta la última reclamación de reconocimiento y pago de la prestación realizada el 20 de octubre de 2017, como da cuenta la resolución SUB 281101 del 6 de diciembre de 2017 en la que se le reconoció al promotor el derecho pensional y la demanda se radicó el 15 de noviembre de 2019, como se constata en el acta de reparto (fl. 24), así resulta claro para la Corporación que efectivamente operó el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de octubre de 2014, imponiéndose confirmar la decisión apelada en este aspecto.*

*En este orden, como al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, a partir del 20 de octubre de 2014, por aplicación del fenómeno prescriptivo de mesadas pensionales, como se indicó en precedencia, y la reconoció a partir del 1° de diciembre de 2017, se colige que al promotor de la litis se le adeuda el retroactivo pensional causado entre el 20 de octubre de 2014 y el 30 de noviembre de 2017, el cual realizadas las operaciones aritméticas asciende a \$29.989.874,00, como lo precisó el fallador de instancia por lo que resulta imperativo confirmar la sentencia apelada. Acotando que para tal efecto, se autorizan los descuentos que por los aportes en salud debe asumir el pensionado con el fin de no alterar el correcto funcionamiento de la seguridad*

social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015).

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

### RESUELVE

**Primero.** Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de autorizar a Colpensiones que del retroactivo de mesadas pensionales adeudado se realice los descuentos con destino a seguridad social en salud.

**Segundo.** Confirmar la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

**Tercero.** Costas de la instancia a cargo de la entidad recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese en legal forma a las partes.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado