

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

ACAV, estableciéndose que el 01 de marzo de 2019 iniciaría la etapa de arreglo directo (fls. 221 a 223).

- viii)** El 01 de marzo de 2019 se inició la etapa de arreglo directo, no obstante, no se arribó a ningún acuerdo por parte de AVIANCA S.A. y ACAV, lo que quedó plasmado en acta del 01 de abril de 2019 (fls. 225 a 232).
- ix)** A DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, y LAURA VIVIANA PERICO TORRES, les informaron que sus contratos a término fijo serían terminados por expiración del plazo fijo pactado el 15 de marzo de 2019, 30 de abril de 2019, 29 de febrero de 2019, 19 de mayo de 2019, y 31 de mayo de 2019, respectivamente, (fls. 244, 366, 460, 474, y 487).
- x)** El 19 de octubre de 2020, ACAV manifestó que retiraba el pliego de peticiones de noviembre de 2018 (medio óptico de folio 995).

De igual manera, comparecieron a rendir testimonio **María Cristina Cadavid Barbera, Jesús Fernando Hurtado Ibarra, José Antonio González Torres y Sebastián Sepúlveda Lizcano**, quienes manifestaron:

María Cristina Cadavid Barbera, dijo que era Auxiliar de Vuelo y presidente de ACAV; que la cláusula 6° de la convención colectiva habla de todo lo relacionado con procesos disciplinarios, ya sea para imponer sanciones despidos con justa causa; que el Manual de Auxiliares de Vuelo es uno solo, por lo que, las funciones son exactamente las mismas para todos los auxiliares de vuelo; que AVIANCA S.A. para la fecha en que despidió a los demandantes no estaba efectuando contrataciones;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

que para noviembre de 2018 ACAV presentó pliego de peticiones, en febrero de 2019 iniciaron negociación, se estuvo entre 30 y 40 días en etapa de arreglo directo, y ante la falta de acuerdo, la asamblea resolvió ir a Tribunal de Arbitramento; que durante las negociaciones tuvieron de 20 a 25 despidos; que estando en plena negociación, los despidos es una presión grave para los trabajadores; y que el pliego se retiró en agosto o septiembre de 2020, aproximadamente.

Por su parte, **Jesús Fernando Hurtado Ibarra** como Gerente de Tripulantes de Cabina para Avianca, informó que AVIANCA S.A. realizó estructuraciones internas de acuerdo a las necesidades que tiene la compañía, lo que hace cada mes; que las reestructuraciones van atadas a las necesidades de la operación; que hay un área de planeación de tripulantes que es la que indica el número requerido de tripulantes de cabina; que han estado realizando reestructuraciones desde 2018, teniendo como año más crítico el 2020 por la pandemia causada por el COVID-19; que para dar por terminado contratos de trabajo han acudido a la expiración del plazo fijo pactado, reconocimiento de pensión de vejez y mutuo acuerdo; que de cara a un ajuste de planta es indiferente si el trabajador se encuentra en un sindicato o no, tan es así que aproximadamente para 2018 efectuaron 20 despidos de los cuales sólo 5 eran sindicalizados, en 2019, despidieron 50, de los cuales 30 eran agremiados, y en 2020, 80 personas, de las cuales 20 o estaban agremiadas; que las labores de los tripulantes de cabina son permanentes y del objeto social de la compañía, pues hacen labores de servicio y seguridad; que para noviembre de 2018 se presentó un pliego de peticiones por parte de ACAV; que el conflicto colectivo se desarrolló entre 2018 y 2019; que la terminación del contrato de los demandantes fue por la expiración del plazo pactado; que no

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

se hizo proceso disciplinario a los demandantes; y que para todos los auxiliares de vuelo hay un manual de funciones.

José Antonio González Torres indicó que era Auxiliar de Vuelo, y Jefe de Cabina Internacional en AVIANCA S.A.; que era el Secretario General en ACAV; que en la convención colectiva existe una cláusula que establece un procedimiento para despedir; que en AVIANCA S.A. existe un solo manual de funciones para los auxiliares de vuelo; que no hay diferencias entre los auxiliares de vuelo contratados a término fijo, con los contratados a término indefinido; que la labor de los auxiliares de vuelo es constante; que en noviembre de 2018 se presentó un pliego por ACAV; que en la negociación colectiva hubo despidos contra personal de ACAV; que las personas que fueron despedidas gozaban de fuero circunstancial, por lo que, los perjudicaron, y así como a la organización sindical, puesto que cuando se despide trabajadores bajo circunstancias que no son legales, pierden fuerza y afiliaciones; que el pliego de peticiones se retiró mucho tiempo después del retiro de los demandantes; y que la convención que rige a la demandada es de 2005, y se encuentra vigente.

Finalmente, **Sebastián Sepúlveda Lizcano** señaló en su condición de Coordinador de Relaciones Laborales de AVIANCA S.A. que ACAV presentó pliego de peticiones en noviembre de 2018; que el 20 de noviembre de 2018 se instaló la mesada de negociaciones con ACAV, y de mutuo acuerdo se dispuso que se iniciaría la etapa de arreglo directo el 01 de marzo de 2019; que la etapa de arreglo directo se extendió hasta el 20 de marzo de 2019 y se prorrogó del 21 de marzo al 01 de abril de 2019; que el pliego de peticiones fue retirado el 13 de octubre de 2020; que AVIANCA S.A. tiene una convención colectiva con ACAV, la que data de 2002-2004, y tuvo modificaciones posteriores; y que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

cuando ACAV presentó su pliego de peticiones no sabe si se realizaron despidos.

Pues bien. Del análisis integral de las anteriores premisas, es claro que los demandantes estuvieron vinculados mediante contratos de trabajo a término fijo, y que se dio terminación a estos como consecuencia de la expiración del plazo pactado conforme lo establece el artículo 46 del C.S.T, en armonía con el artículo 61 idem, numeral 1), literal c) esto es, por expiración del plazo fijo pactado.

Ahora bien, en cuanto a la terminación de contratos de trabajo a término fijo por expiración del plazo fijo pactado, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha sido pacífica en manifestar que la expiración del plazo fijo pactado es una causa legal de terminación, y no una justa causa. Asimismo, en la sentencia SL4004-2021, estableció que la garantía del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 opera sólo respecto de la finalización *sin justa causa*, y que no era predicable en los eventos donde el retiro se da con justa causa imputable al trabajador o por causa legal:

“Además, como se evidencia con las pruebas del expediente, el contrato de trabajo celebrado entre las partes lo fue por la modalidad de obra o labor contratada, la que se pactó en los siguientes términos:

El presente contrato tendrá una duración particular determinada por el usuario del servicio, por el tiempo de vigencia del contrato comercial suscrito por SEGURIDAD ATEMPI LTDA con FUNDACIÓN HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS INSTITUTO MATERNO INFANTIL, o hasta cuando el usuario solicite el relevo, traslado o cambio del trabajador, o cuando el usuario cancele, termine o modifique el servicio donde se presta la actividad o cuando el verdadero y único empleador firmante de este contrato así lo determine por justa o sin justa causa.

Con base en lo anterior, se encuentra acreditado que la causa de finalización del contrato de trabajo fue la decisión comunicada por el cliente Fundación Hospital San Juan de Dios

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

al empleador el 30 de julio de 2013, de reducir en cinco puestos el requerimiento de personal de vigilancia, plazas dentro de las que se encontraba la del demandante.

De esta forma, resulta claro que la finalización de la relación laboral se dio por causa legal de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 61 Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5 de la Ley 50 de 1990, por haberse finalizado la labor en los términos que fue contratada.

En segundo lugar, lo anterior, supone que el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 no le era oponible al empleador para finalizar el contrato del recurrente, pues dicha garantía opera sólo respecto de la finalización sin justa causa, no predicable de los eventos donde el retiro se da con justa causa imputable al trabajador o por causa legal como sucedió en este caso.

(...) Siendo el despido legal, por la especial modalidad de contrato celebrada entre las partes, no hay lugar a predicar error del Tribunal, por lo cual también de fondo debe desestimarse el cargo formulado". (Negrillas por la Sala).

Del mismo modo, es necesario tener presente que la jurisprudencia que tanto la H. Corte Constitucional como la H. Corte Suprema de Justicia, ha estado encaminada a establecer que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que, estos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo periodo con el lleno de las formalidades de ley, de manera que no es dable predicar que los demandantes gozaban de fuero circunstancial. En efecto, la H. Corte Constitucional en sentencias T-1334 de 2001, T-326 de 2002, T-116 de 2009, T-162 de 2009, sostuvo tal postura; en la última sentencia, la que está referida a fuero sindical, estableció:

"7.3. Al acordar las partes la modalidad contractual de duración definida, en la terminación del vínculo debía observarse lo dispuesto por el artículo 46 del CST, esto es, dar aviso a los actores de la no continuidad de su contrato a término fijo, lo que en efecto ocurrió con la antelación exigida por la ley y por escrito. Como sustento de la decisión se invoca el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, mediante el cual al resolver la acción T -003 del 24 de enero de 1992, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se dijo: "...Fuero Sindical. No ampara

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

a trabajadores vinculados por contrato a término fijo. Esa apreciación en sentir de la Corte, es de índole jurídica y además se aviene con la jurisprudencia de esta Sala, al considerar de vieja data que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que estos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo periodo con el lleno de las formalidades de ley..."

En igual sentido, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en sentencia del 25 de marzo del 2009, Rad. 34142, estableció:

"En tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes. En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por periodo fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical. En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas."

Así mismo, en diversos pronunciamientos de tutela de la H. Corte Suprema de Justicia, tal postura ha sido objeto de respaldo, como lo es en las sentencias STP8878-2021, STL12064-2020, STL6790-2020, y STL310-2020 por mencionar algunas.

Así las cosas, y de conformidad al acervo probatorio estudiado en su integridad, considera la Sala que pese a que las labores de Tripulante de Cabina de Pasajeros se siguieron

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

ejecutando en AVIANCA S.A., que la organización sindical impulsó la negociación colectiva, y que se terminó el contrato de trabajo de los demandantes estando vigente el conflicto colectivo, lo cierto es que conforme a la pacífica jurisprudencia tanto de la H. Corte Constitucional como de la H. Corte Suprema de Justicia, el empleador gozaba de plena autonomía para dar por terminado el contrato de trabajo de los accionantes al expirar el plazo fijo pactado, por cuanto no estaba frente a un despido y, por ende, no era dable predicar que éstos gozaran de fuero circunstancial.

Por otra parte, es necesario advertir que conforme a la Convención Colectiva de Trabajo de 2002, la cláusula sexta únicamente establece un procedimiento para imponer una sanción disciplinaria o para retirar a un trabajador como justa causa; no obstante, y conforme al criterio expuesto, la expiración del plazo pactado es una causa legal de terminación del contrato de trabajo y no constituye una justa causa para finiquitar un vínculo contractual. La aludida norma convencional señala:

"CLAUSULA 6: Conflictos y Procesos Disciplinarios

En los casos en que Avianca tenga que imponer una sanción disciplinaria o retirar por justa causa, se dará aplicación al siguiente procedimiento:

(...) **Parágrafo Primero:** Carecerán de valor las sanciones disciplinarias o retiros por justa causa que se impongan pretermitiendo estos trámites. Mientras se encontrare pendiente de resolver cualquiera de los recursos anteriores, siempre que hubiere sido interpuesto en tiempo hábil y ante la dependencia adecuada, la Empresa no podrá aplicar la sanción (...).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se **REVOCARÁ** la condena impuesta por concepto de reintegro y el correspondiente pago de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales, y aportes a seguridad social dejados de reconocer desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro, y se procederá a estudiar si hay lugar al reconocimiento de las pretensiones subsidiarias.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 64 DEL C.S.T.

Al respecto, basta con indicar que los contratos de trabajo de los demandantes, se reitera, finalizaron como consecuencia de la expiración del plazo fijo pactado, causa legal de terminación contemplada en el artículo 61 del C.S.T., sin que se observe que no se hubieren respetado los correspondientes términos de los contratos, o que se omitiere la elaboración de los respectivos preavisos:

-DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, la relación laboral inició el 16 de marzo de 2016; que se celebró por seis meses, esto es, hasta el 15 de septiembre de 2016, por lo que, se prorrogó hasta el 15 de marzo de 2017 (1ra), 15 de septiembre de 2017 (2da), 15 de marzo de 2017 (3ra), 15 de marzo de 2018 (4ta), y 15 de marzo de 2019 (5ta); y que el preaviso se remitió el 12 de febrero de 2019, es decir, con anterioridad al mes en que se arribaría al vencimiento de la quinta prórroga.

-SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, la relación laboral inició el 01 de mayo de 2015; que se celebró por seis meses, esto es, hasta el 31 de octubre de 2015, por lo que, se prorrogó hasta el 30 de abril de 2016 (1ra), 31 de octubre de 2016 (2da), 30 de abril de 2017 (3ra), 30 de abril de 2018 (4ta), y 30 de abril de 2019 (5ta); y que el preaviso se remitió el 29 de marzo de 2019, es decir, con anterioridad al mes en que se arribaría al vencimiento de la quinta prórroga.

- SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, la relación laboral inició el 01 de marzo de 2015; que se celebró por seis meses, esto es, hasta el 31 de agosto de 2015, por lo que, se prorrogó hasta el 29 de febrero de 2016 (1ra), 31 de agosto de 2016 (2da), 28 de febrero de 2017 (3ra), 28 de febrero de 2018 (4ta), y 28 de febrero

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

de 2019 (5ta); y que el preaviso se remitió el 25 de enero de 2019, es decir, con anterioridad al mes en que se arribaría al vencimiento de la quinta prórroga.

-JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, la relación laboral inició el 20 de mayo de 2015; que se celebró por seis meses, esto es, hasta el 19 de noviembre de 2015, por lo que, se prorrogó hasta el 19 de mayo de 2016 (1ra), 19 de noviembre de 2016 (2da), 19 de mayo de 2017 (3ra), 19 de mayo de 2018 (4ta), y 19 de mayo de 2019 (5ta); y que el preaviso se remitió el 16 de abril de 2019, es decir, con anterioridad al mes en que se arribaría al vencimiento de la quinta prórroga.

- LAURA VIVIANA PERICO TORRES, la relación laboral inició el 01 de junio de 2012; que se celebró por seis meses, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2012, por lo que, se prorrogó hasta el 31 de mayo de 2012 (1ra), 30 de noviembre de 2012 (2da), 31 de mayo de 2013 (3ra), 31 de mayo de 2014 (4ta), 31 de mayo de 2015 (5ta), 31 de mayo de 2016 (6ta), 31 de mayo de 2017 (7ma), 31 de mayo de 2018 (8va), y 31 de mayo de 2019 (9na); y que el preaviso se remitió el 30 de abril de 2019, es decir, con anterioridad al mes en que se arribaría al vencimiento de la novena prórroga.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA, INTERESES CORRIENTES Y MORATORIOS.

Frente a la indemnización moratoria consagrada en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. habrá de decirse que no se cuenta en el expediente con prueba alguna tendiente a acreditar al menos sumariamente que la demandada adeude suma alguna por concepto de salarios o prestaciones sociales a los demandantes, de modo que, no se accederá a la sanción moratoria de que trata

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

el artículo 65 del C.S.T. En igual sentido, y al no proferirse ninguna condena, se considera que no hay lugar al reconocimiento de intereses corrientes y/o moratorios.

Por lo brevemente expuesto, se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar, se **ABSOLVERÁ** a **AVIANCA S.A.**, de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a **AVIANCA S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

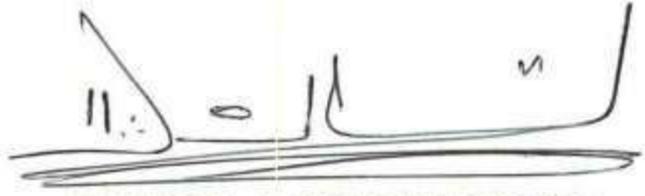
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN contra el auto proferido por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **OLGA LUCIA SÁNCHEZ QUINTANA** promoviese contra **AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA.**

ASUNTO PRELIMINAR

Previo a proferir la decisión de rigor y en virtud de la solicitud elevada el 08 de septiembre de 2021, en la que la apoderada de la parte actora manifiesta que se debe efectuar un control de legalidad del escrito de alegatos allegado por la parte demandada, por cuanto no se dio cumplimiento al auto del 21 de julio de 2021, no comprende la Sala con exactitud a qué hace referencia la apoderada, esto es, si no se presentaron los alegatos en término, o si no fue remitido el correo electrónico contentivo del escrito de traslado a la apoderado de la parte actora.

En todo caso, observa la Sala que el auto mediante el cual se corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión data del 21 de julio de 2021, y que se presentaron los correspondientes alegatos de bien probado por parte de la demandada el 28 de julio de 2021, esto es, el quinto día hábil siguiente a la notificación de tal providencia, por lo que, en tal sentido el auto se presentó en el término legal.

Por otra parte, y si su solicitud está referida a que no se dio cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del C.G.P., encuentra la Sala que tal preceptiva establece:

“ARTÍCULO 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. Son deberes de las partes y sus apoderados:

(...) **14.** Enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso. Se exceptúa la petición de medidas cautelares. Este deber se cumplirá a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial. El incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte afectada podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente (1 smmv) por cada infracción”.

En igual sentido, el artículo 3 del Decreto 806 de 2020 señala:

“Artículo 3. Deberes de los sujetos procesales en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones. Es deber de los sujetos procesales realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos. Para el efecto deberán suministrar a la autoridad judicial competente, y a todos los demás sujetos procesales, los canales digitales elegidos para los fines del proceso o trámite y enviar a través de estos un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones que realicen, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial. Identificados los canales digitales elegidos, desde allí se originarán todas las actuaciones y desde estos se surtirán todas las notificaciones, mientras no se informe un nuevo canal. Es deber de los sujetos procesales, en desarrollo de lo previsto en el artículo 78 numeral 5 del Código General del Proceso, comunicar cualquier cambio de dirección o medio electrónico, so pena de que las notificaciones se sigan surtiendo válidamente en la anterior. Todos los sujetos procesales cumplirán los deberes constitucionales y legales para colaborar solidariamente con la

buena marcha del servicio público de administración de justicia. La autoridad judicial competente adoptará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento”.

Verificado el expediente, se encuentra que en la demanda se informó que el correo electrónico de la apoderada de la parte actora era `juridicasvs@gmail.com`, por lo que ciertamente el apoderado de la parte demandada debía remitir el correspondiente memorial a su parte contraria; no obstante, no se puede perder de vista que el objeto de tal normatividad gira en torno a un deber de lealtad y buenas prácticas procesales, según Proyecto 159 del 27 de julio de 2012, obrante en la Gaceta del Congreso:

“El segundo de los numerales adicionados, numeral 14, consagra un deber de lealtad procesal con la contraparte consistente en enviar al correo electrónico suministrado, un ejemplar de los memoriales presentados durante el proceso. Este deber solo surge a partir del momento en que la contraparte está notificada y, lógicamente, se exceptúa de esta obligación la petición de medidas cautelares. De igual forma, se contempla en la parte final del artículo que el incumplimiento del deber lealtad en mención en ningún caso afectará la validez de las actuaciones, con lo que se pretende evitar la posible configuración de nulidades procesales. En definitiva, se trata de un deber de lealtad y buenas prácticas procesales”.

Posteriormente, en el Proyecto 261 del 23 de mayo de 2012, se estableció:

“En el numeral decimocuarto se realizan varios ajustes de redacción y se dispone como consecuencia la imposición de una multa para la parte que incumpla con el deber de lealtad con las demás partes del proceso”.

De esta manera, es claro que el numeral 14 del artículo 78 del C.G.P., tuvo por objeto que entre las partes existiera lealtad procesal, principio que ha sido entendido como la responsabilidad de las partes de asumir las cargas procesales que les corresponden. Al punto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-341 de 2018, señaló:

“En razón a ello la Corte ha señalado que se incumple este principio cuando (i) las actuaciones procesales no se cumplen en un momento determinado y preclusivo dispuesto en la ley, es

decir, cuando se realizan actos que puedan dilatar las mismas de manera injustificada; (ii) se hacen afirmaciones tendientes a presentar la situación fáctica de forma contraria a la verdad ; (iii) se presentan demandas temerarias ; o (iv) se hace un uso desmedido, fraudulento o abusivo de los medios de defensa judicial. El principio de lealtad procesal permite que a través de la administración de justicia el juez corrija y sancione las conductas que pueden generar violaciones de los derechos de defensa y al debido proceso de las partes vinculadas a un trámite judicial, a efectos de garantizar la igualdad procesal”.

De esta manera, es claro para la Sala que la consecuencia del numeral 14 del artículo 78 del C.G.P., en primer lugar, no es ningún caso tener por no presentado el memorial allegado por la parte contraria como lo pretende la parte actora, sino una multa, la que en todo caso para su imposición se hace necesario efectuar un estudio lógico y racional del caso en concreto, y verificar si con la conducta desplegada se incurrió en una deslealtad procesal o se configuraron malas prácticas procesales.

Al respecto, se observa que en el mismo memorial presentado por la apoderada de la parte actora se indica que cambió su correo electrónico y que en la actualidad era carsanquin1607@gmail.com, por lo que, en tales condiciones, no se podría considerar que el actuar de la pasiva fue desleal con su contraparte, cuando en las pruebas allegadas al plenario no se evidencia que se hubiere informado de tal cambio de dominio electrónico.

Por tanto, no se accederá a la solicitud deprecada por la parte actora. Lo anterior sin perjuicio de que, en lo sucesivo, los apoderados de las partes, en cumplimiento de sus deberes procesales y en buen uso de las tecnologías de la información procuren poner en conocimiento de sus contrapartes los memoriales que presenten al proceso de forma oportuna, teniendo en cuenta para el efecto, que la parte actora, actualmente maneja el correo electrónico carsanquin1607@gmail.com.

AUTO.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 20 de agosto de 2008; que devengaba \$8'000.000; que goza de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud; que no presta sus servicios desde el 27 de junio de 2017 por motivos atribuibles a la demandada; que se le adeudan horas extras del 01 de mayo al 30 de septiembre de 2016; y que le adeudan prestaciones sociales y vacaciones del año de 2016. Como consecuencia de lo anterior, solicita los salarios, prestaciones sociales, y vacaciones desde el 27 de junio de 2017 hasta que se ordene su reintegro; saldos insolutos dejados de pagar por concepto de horas extras; saldos insolutos por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones del año 2016; la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; e indexación.

Subsidiariamente, pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 20 de agosto al 27 de junio de 2017; que devengaba \$8'000.000; que se adeudan horas extras del 01 de mayo al 30 de septiembre de 2016; que se adeudan las prestaciones sociales y vacaciones del 01 de mayo al 30 de septiembre de 2016; que no se pagaron las prestaciones sociales y vacaciones del 01 de mayo al 30 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta horas extras; que no se pagó la totalidad de aportes a seguridad social, teniendo en cuenta horas extras; y que no se pagó dentro de los términos de ley, salarios y prestaciones sociales. Como consecuencia de lo anterior, solicita las horas extras del 01 de mayo al 30 de septiembre de 2016; saldos insolutos dejados de pagar por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima

de servicios, y vacaciones; las diferencias de lo dejado de pagar por concepto de seguridad social; e indemnización moratoria.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones la demandante narró que: **1)** Celebró contrato de trabajo a término indefinido con AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA. el 20 de agosto de 2008, para desempeñar el cargo de Asistente Financiera, siendo posteriormente, ascendida al cargo de Tesorera; **2)** Cumplió un horario de trabajo de 8:00 A.M. a 5:00 P.M. de lunes a viernes, que posteriormente fue modificado de 7:30 A.M. a 4:30 P.M.; **3)** Cumplía órdenes, efectuaba sus funciones de manera personal, y en las instalaciones de la empresa; **4)** Devengaba \$8'000.000; **5)** Laboró 532 horas extras en 2016, y 452,5 en 2017; **6)** Le adeudan las horas extras de mayo a septiembre de 2016 (303 horas), las que no se tuvieron en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social; **7)** Fue despedida el 27 de junio de 2017 por su estado de salud, el que era plenamente conocido por su empleador, pues el 26 de mayo del mismo año le fue diagnosticada una sospecha de glaucoma, por lo que se tuvo que someter a una cirugía el 15 de junio de 2017, la que tuvo dos días incapacidad; aunado a ello, padecía de hipertensión arterial, tendinitis de bíceps, síndrome del manguito rotador, bursitis, y patologías oftalmológicas: dolor ocular bilateral, presbicia, iridotomía bilateral, y síndrome del ojo seco; **8)** Le informaba a su empleador de todas y cada una de las citas que tenía respecto de las patologías que padecía; **9)** Padece de una pérdida de capacidad laboral del 40,19%, con fecha de estructuración 15 de enero de 2016; y **10)** El 11 de abril de 2019 solicitó ante medicina laboral de Sanitas E.P.S. la determinación del origen de sus patologías.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA. (fls.649 a 702), se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las

excepciones de mérito que denominó, carencia de fundamentos para obtener el reconocimiento y pago de horas extras cuando la modalidad contractual establece que se trata de una labor de dirección, confianza y manejo; improcedencia de la declaratoria de estabilidad laboral reforzada; ausencia de los requisitos establecidos en la Ley 361 de 1997; incumplimiento de la demandante de la carga de la prueba de la debilidad manifiesta y obligaciones del trabajador; existencia de contrato individual de trabajo a término indefinido y uso de las facultades del empleador para darlo por terminado unilateralmente; improcedencia del pago de la indemnización moratoria; inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido; prescripción; existencia de contrato de transacción entre las partes; enriquecimiento sin causa y compensación; buena fe; y la genérica.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo con fecha de inició 20 de agosto de 2008; que la actora desempeñó las funciones de Tesorera; que la accionante prestaba personalmente sus servicios y que lo hacía en las instalaciones de la empresa; que devengaba \$8'000.000; y que terminó el contrato de trabajo del accionante el 27 de junio de 2017.

Indicó que la accionante se encontraba excluida de la regulación sobre la jornada máxima legal, ya que era una trabajadora de dirección y confianza; que mediante contrato de transacción se zanjó cualquier diferencia que pudiera derivarse de la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes; que dicha transacción fue celebrada de manera libre y voluntaria; que lo único que le manifestó la demandante a la empresa demandada fue que se sometería a un procedimiento quirúrgico, que estaría incapacitada dos días, y que tomaría vacaciones por siete días; que la terminación del contrato de trabajo de la actora obedeció a la reestructuración y reorganización del área financiera, por lo que, se le pagó la correspondiente indemnización de ley; y que nunca le fueron manifestadas sus condiciones de salud.

III. PROVIDENCIA RECURRIDA.

El juzgado de conocimiento mediante auto del 11 de marzo de 2021 **negó la solicitud** de oficiar al empleador para que allegue las planillas que contengan el ingreso de tarjetas electrónicas de entrada y salida de enero de 2016 a junio de 2017, registro biométrico de entrada y salida del periodo de enero de 2016 a junio de 2017, por cuanto la demandada justificó en su contestación de la demanda que las pruebas no existían sin que obre prueba de que los documentos requeridos están en poder de la empresa.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

Dijo que se debe oficiar a AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA. para que allegue las planillas que contengan el ingreso de tarjetas electrónicas de entrada y salida de enero de 2016 a junio de 2017, y registro biométrico de entrada y salida del periodo de enero de 2016 a junio de 2017, pues es el empleador la única entidad que cuenta con tal información; que para lograr la consecución de las planillas y los registros biométricos se elevó derecho de petición, y la respuesta de la entidad fue insuficiente, pues lo único que se señala es que no existe dentro de la empresa tal documentación.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte demandada, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las

materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VII. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si hay lugar a decretar los oficios solicitados a nombre de AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA. para que sean allegadas planillas que contengan el ingreso de tarjetas electrónicas de entrada y salida de enero de 2016 a junio de 2017, y registro biométrico de entrada y salida del periodo de enero de 2016 a junio de 2017

LOS OFICIOS COMO PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL.

Al punto, es necesario tener en cuenta que conforme al artículo 53 del C.P.T y de la S.S, el juez de conocimiento está plenamente facultado para determinar las pruebas pertinentes y necesarias para proferir la sentencia que en derecho corresponda, por ende, está legitimado para rechazar la práctica de pruebas y diligencias que considere inconducentes en relación con el objeto del debate.

Igualmente, resulta relevante precisar que la facultad aludida no es absoluta, por cuanto es importante que el juzgador tenga plena claridad y conocimiento sobre el objeto mismo de la controversia para poder decretar o denegar las pruebas solicitadas por los intervinientes a fin de garantizar el debido trámite procesal.

Así mismo, resulta imperativo recordar que la prueba de oficio no está regulada y prevista en las normas adjetivas laborales ni en las procesales civiles, es decir, la prueba para dirigir oficios a entidades no está prevista como un medio de prueba, y por el contrario, el artículo 173 del C.G.P. establece

que el juez debe abstenerse de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente:

“Artículo 173. Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción”.

En igual sentido, el artículo 78 *ejusdem* señala:

“ARTÍCULO 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. Son deberes de las partes y sus apoderados:

(...) **10.** Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) El 09 de octubre de 2018 la demandante elevó derecho de petición solicitando el registro de entradas y salidas de Olga Lucía Sánchez Quintana durante el tiempo que prestó sus servicios (fls.31 y 32).

Pues bien, del análisis de los documentos anteriormente expuestos, advierte la Sala frente a la petición elevada por la

parte actora de allegarse el registro de entrada y salida durante el tiempo que prestó sus servicios, que a dicho requerimiento se le dio respuesta a través de la contestación de la demandada, informándose por parte de AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA. que no cuenta con un registro de entrada y salida; respuesta que no necesariamente debía ser positiva, recuérdese que el fin del derecho de petición es lograr una respuesta clara y específica. Al respecto, la H. Corte Constitucional de vieja data ha establecido:

"El alcance del derecho de petición contemplado en el artículo 23 de la Carta Política va mucho más allá de la respuesta formal, aunque sea oportuna.

"El peticionario no queda satisfecho cuando, siendo competente la autoridad a quien dirige su petición, ella se limita a enviar una contestación vacía de contenido, en la que finalmente, aparentando que se atiende a la persona, en realidad no se decide sobre el tema objeto de su inquietud, sea en interés público o privado, dejándola en el mismo estado de desorientación inicial.

"(...) "Pero, además, toda persona tiene derecho a que la respuesta de la administración sea clara y específica en torno a la resolución adoptada, **con independencia de si es negativa o positiva.**

"**No se viola el derecho de petición por negar lo pedido**, como lo ha reiterado la jurisprudencia, pero sí se vulnera de modo ostensible cuando la respuesta es vaga o contradictoria, pues en ambos casos lo que se tiene es lo contrario de una decisión.

"La respuesta, entonces, además de oportuna, ha de ser exacta y del contenido del respectivo acto debe desprenderse sin dificultad la conclusión acerca del sentido y los alcances de la determinación en ella adoptada.

"(...) "Como esta Corte lo ha reiterado, las autoridades públicas tienen el deber de entrar en el fondo de lo que se les ha pedido, ya para negarlo, bien para concederlo, dentro del lapso que el sistema jurídico ha entendido como oportuno, so pena de violar el artículo 23 de la Constitución." (Negrillas por la Sala).

Así mismo, debe advertirse que el mecanismo procesal para lograr que los documentos referentes a los registros de entrada y salida fueran allegados al proceso por parte de la sociedad AMERISUR EXPLORACIÓN COLOMBIA LTDA., era la exhibición de documentos. Al punto, el artículo 265 del C.G.P. dispone:

“ARTÍCULO 265. PROCEDENCIA DE LA EXHIBICIÓN. La parte que pretenda utilizar documentos o cosas muebles que se hallen en poder de otra parte o de un tercero, deberá solicitar, en la oportunidad para pedir pruebas, que se ordene su exhibición”.

Igualmente, y de conformidad con el artículo 266 del C.G.P., la parte que solicita dicha prueba, *“expresará los hechos que pretende demostrar y deberá afirmar que el documento o la cosa se encuentran en poder de la persona llamada a exhibirlos, su clase y la relación que tenga con aquellos hechos”,* manifestaciones que no se efectuaron en el plenario, y que en consecuencia no permite a la Sala extraer que se está frente a una exhibición de documentos; narración de hechos que no es un simple formalismo, pues conforme al artículo 267 ejusdem, *“Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor”.*

En ese orden de ideas, y dado que no se solicitó la exhibición de documentos, no se informó de los hechos que se pretendía acreditar con los oficios, y no se manifestó que los documentos se encontraban en poder de la accionada, no queda otro camino que confirmar la providencia recurrida, máxime si se tiene en cuenta que, en todo caso, en el plenario se solicitó oficiar al empleador para que allegara el registro de entradas y salidas de Olga Lucia Sánchez Quintana durante el tiempo que prestó sus servicios, para lo que se elevó el correspondiente derecho de petición, y se logró una respuesta, justificando su inexistencia, sin que exista prueba alguna que acredite que el documento requerido está en poder de la sociedad accionada.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la providencia.

VIII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la providencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta providencia se notificará por ESTADO VIRTUAL elaborado por la Secretaría de esta Sala.

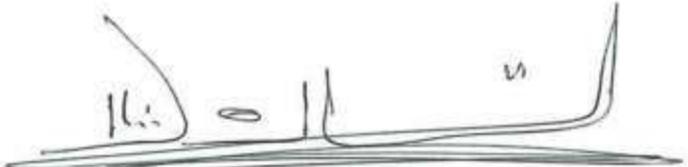
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310501520160070101
Demandante: **CARLOS JULIO DAZA MARTÍNEZ**
Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

AUTO

Téngase a la doctora **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA**, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021, y reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**, **DAVID A.J. CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida por

Código Único de Identificación: 11001310501520160070101

Demandante: **CARLOS JULIO DAZA MARTÍNEZ**

Demandado: **COLPENSIONES**

el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2020, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta entidad, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS JULIO DAZA MARTÍNEZ** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la reliquidación de la pensión teniendo como tasa de reemplazo el 69% del IBL, con su correspondiente retroactivo e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 13 de septiembre de 2013, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de una pensión de vejez; **2)** A la fecha de presentación de esa solicitud, contaba con 76 años y 919 semanas cotizadas; **3)** Mediante Resolución GNR 249553 del 18 de agosto de 2015, le fue reconocida pensión de vejez, efectiva a partir del 13 de septiembre de 2010, en cuantía inicial de \$3.807.527; **4)** La liquidación de la pensión se realizó teniendo en cuenta un IBL de \$7.465.739 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 51%, que corresponde a 600 semanas, desconociendo la totalidad de semanas por él cotizadas; **5)** El 23 de noviembre de 2015 solicitó a Colpensiones la reliquidación de la pensión; **6)** Mediante Resolución GNR 2207 del 5 de enero de 2016 se negó la reliquidación solicitada; **7)** La negativa de Colpensiones se basó en que solo cotizó de manera exclusiva a Colpensiones un total de 628 semanas, pues las restantes fueron cotizadas a Cajanal hoy UGPP; **8)** Mediante apoderado judicial

presentó recursos de reposición y en subsidio apelación contra la citada Resolución; **9)** Mediante Resolución GNR 76141 del 11 de marzo de 2016 se resolvió el recurso de reposición, confirmando en su integridad el acto administrativo recurrido; y **10)** Con Resolución VPB 21238 del 12 de mayo de 2016, se confirmó el acto administrativo apelado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 27 a 38) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción y caducidad, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Expuso que al demandante se le reconoció pensión de vejez conforme a la normatividad más favorable, por lo que el reconocimiento de esta prestación se encuentra conforme a derecho.

Resaltó que en la Resolución VPB 21238 del 12 de mayo de 2016 el grupo liquidador de Colpensiones realizó las respectivas operaciones aritméticas y estudió con detenimiento las pretensiones de la demanda, donde se aprecia que al aplicarle el 69% de tasa de reemplazo, no se generan valores a favor del pensionado, toda vez que la mesada es proporcional a la que actualmente recibe, por lo que dando aplicación al principio de favorabilidad, es pertinente que continúe recibiendo la pensión tal y como le fue reconocida en la Resolución GNR 249553 del 18 de agosto de 2015.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante la providencia del 23 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en la cual declaró que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión con una mesada correspondiente a la suma de \$5.151.360, ordenando pagar las diferencias generadas respecto del valor inicialmente reconocido, sumas que deberán ser debidamente indexadas, con los incrementos de ley, por 13 mesadas anuales.

Como fundamento de su decisión adujo, en síntesis, que en sentencia SL 1947 del 1° de julio de 2020, la Corte Suprema de Justicia hace un análisis de toda la línea jurisprudencial a través del tiempo en la que se indicaba que para efectos de liquidar y reconocer una pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990 solo se tenían en cuenta única y exclusivamente los tiempos cotizados al ISS, sin embargo, a partir de dicha sentencia, esa Corporación acogió la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y modificó su criterio frente a este tema para establecer que, para el reconocimiento de las pensiones contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, se deben tener en cuenta tanto los tiempos públicos como los cotizados al ISS para efectos de liquidar la pensión.

Por lo anterior, precisó, se deben tener en cuenta los tiempos públicos para el reconocimiento de la prestación, por lo que le asiste razón al demandante en su pedimento.

IV. APELACIÓN.

COLPENSIONES

Manifestó que no se debe tener en cuenta la sentencia SL 1947 de 2020 como precedente jurisprudencial, teniendo en cuenta que es sólo un pronunciamiento de la H. Corte Suprema

Código Único de Identificación: 11001310501520160070101

Demandante: **CARLOS JULIO DAZA MARTÍNEZ**

Demandado: **COLPENSIONES**

de Justicia sobre un caso particular y que para que sea tenido en cuenta como precedente jurisprudencial debe surgir una repetición en cuanto a la forma de cada caso para que tenga una fuerza vinculante a los operadores judiciales.

Expuso que la sentencia de primera instancia reliquida una pensión de vejez a partir del reconocimiento, sin tener en cuenta la prescripción de la misma, ya que la reclamación se realizó en el año 2016 sobre la Resolución proferida por Colpensiones en el 2015, en la que se reconoce una pensión desde el año 2010, donde debería estar prescrita cualquier reliquidación de mesadas a partir del año 2013.

Finalizó indicando que, en cuanto a las costas procesales, Colpensiones actuó bajo los parámetros legales y sólo hasta este año se incluyeron los tiempos no cotizados al ISS como requisito para el reconocimiento pensional.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, por auto del 10 de mayo del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala tendrá como problema jurídico verificar si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el demandante computando para ello todos los tiempos de servicio cotizados, tanto públicos como cotizados al ISS, en aras a obtener una tasa de reemplazo del 69%.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de

vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...)"

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. **43336**, 08 de mayo de 2013, Rad. **42529**, y 06 de abril de 2016, Rad. **51152**; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-230 de 2015**.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de

acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (Ver CSJ SL032-2018, reiterada en la CSJ SL1652-2018).

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ **SL1947-2020 rad. 70918**, reiterada en la CJ **SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

"De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a

cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...]

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...]

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*." (Subrayado fuera del texto).

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la **reliquidación** de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ SL2557-2020 rad. 72425, en la cual se expresó:

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

“Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión”. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i) Carlos Julio Daza Martínez nació el 25 de octubre de 1936, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante en el cd visible a folio 56 (Archivo GRP-DDI-PB-2016_5867096-20160608111204.pdf);
- ii) Laboró en el Ministerio de Salud y Protección Social del 12 de noviembre de 1962 al 15 de septiembre de 1963 y luego en el Ministerio de Minas y Energía del 23 de agosto de 1972 al 19 de junio de 1977, esto es un total de **295 semanas**, conforme certificados CLEBP obrantes en medio óptico de folio 56 (Archivos GEN-CSA-F1-2013_6557481-20140427230140.pdf) y conforme

- certificación emitida por el Ministerio de Minas (Archivo GRP-CEJ-FR-2016_5748673-20160721070134.pdf);
- iii) Cotizó **628 semanas** en el Instituto de Seguros Sociales entre el 17 de febrero de 1983 al 28 de febrero de 1995 (fl. 56 Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_942-20170214011105.PDF);
 - iv) Mediante Resolución GNR 249553 del 18 de agosto de 2015, le fue reconocida **pensión de vejez** de conformidad con el Decreto 758 de 1990 a partir del 13 de septiembre de 2010; prestación que tuvo como IBL la suma de \$7.465.739 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 51% y que solo tuvo en cuenta los tiempos privados cotizados al ISS hoy Colpensiones (fls. 10 a 13 y 56);
 - v) Mediante petición elevada ante Colpensiones el 23 de noviembre de 2015, el demandante solicitó la reliquidación de su pensión (fl. 56 Archivo GRP-FSP-AF-2015_11283055-20151123134102.pdf).
 - vi) Con Resolución GNR 2207 del 05 de enero de 2016 se negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por el señor Daza Martínez (fls. 14 a 16 y 56);
 - vii) Mediante Resoluciones GNR 76141 del 11 de marzo de 2016 y VPB 21238 del 12 de mayo de 2016, se resolvieron los recursos de reposición y apelación presentados en contra de la Resolución GNR 2207, los cuales confirmaron lo decidido en dicho acto administrativo (fls. 17 a 2 y 56);

En el caso bajo estudio, se tiene que la pensión de vejez del actor fue reconocida de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no obstante, la parte demandante aspira a la reliquidación de la prestación en aplicación al mentado Acuerdo, y la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados.

Pues bien, como quedó establecido en precedencia y conforme las sentencias citadas en la parte motiva de esta decisión, conforme el nuevo criterio del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, resulta posible la reliquidación de la pensión bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta todos los períodos y tiempos de servicios cotizados a otras cajas de previsión, con lo que, aplicando lo dispuesto en el artículo 20 de la mentada norma la cuantía básica de la pensión de vejez era del 45%, la cual se incrementaría en un 3% por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Así las cosas, se tiene que el señor Carlos Julio Daza Martínez acreditó **295 semanas** cotizadas a Cajanal (Archivos GEN-CSA-F1-2013_6557481-20140427230140.pdf) y **628 semanas** en el Instituto de Seguros Sociales (fl. 56 Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_942-20170214011105.PDF), para un **total de 923 semanas** cotizadas, por lo que, conforme la norma en cita, el demandante acredita 423 semanas adicionales a las primeras 500, con lo que al aumentar el 3% por cada 50 semanas cotizadas, se tiene que la tasa de reemplazo aplicable para calcular la prestación del actor corresponde al 69%.

Ahora bien, como quiera que no existe discusión acerca del IBL sobre el cual se aplicó la tasa de reemplazo, el cual corresponde a la suma de \$7.465.739, a este valor se le aplica la tasa de reemplazo del 69%, dando como resultado la suma de \$5.151.360, que resulta ser el valor de la mesada pensional del demandante para el 13 de septiembre de 2010, data a partir de la cual le fue reconocida la prestación pensional, tal y como acertadamente lo indicó el *a quo*.

PRESCRIPCIÓN.

El artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que

se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el plenario se tiene que el demandante solicitó la reliquidación de la mesada pensional **el 23 de noviembre de 2015** (fl. 56 Archivo GRP-FSP-AF-2015_11283055-20151123134102.pdf), y que la petición fue resuelta mediante Resolución GNR 2207 del 05 de enero de 2016 (fls. 14 a 16 y 56); y desatados los recursos en la vía gubernativa mediante Resoluciones GNR 76141 del 11 de marzo de 2016 y VPB 21238 del 12 de mayo de 2016. (fl. 17 a 22 y 56), siendo esta última notificada el 8 de junio de 2016 (fl. 56 Archivo GEN-RES-CO-2016_5869314-20160608115520.pdf), por lo que a partir de dicha fecha el actor contaba con 3 años para solicitar la reliquidación de la pensión a él reconocida y, como quiera que la demanda se presentó el 06 de diciembre de 2016 (fl. 23), resulta claro que no operó el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, en cuanto al argumento presentado por Colpensiones respecto de la condena en costas procesales, es de anotar que en los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*, situación que acaeció, en este caso con la entidad demandada.

Al respecto, en providencia AL 2163-2021 rad. 79842, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dijo:

“El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por autorización del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, el de casación o el de revisión que haya interpuesto. La Corte se ajustó a lo previsto en el citado artículo, toda vez que el recurso interpuesto no prosperó y, así, se causaron agencias en derecho a favor de la opositora.”

Y en auto AL 2787 -2021 Rad 79134, expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

Por ello, no hay lugar a revocar la condena en costas impuesta a Colpensiones.

Conforme lo brevemente expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada y consultada.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

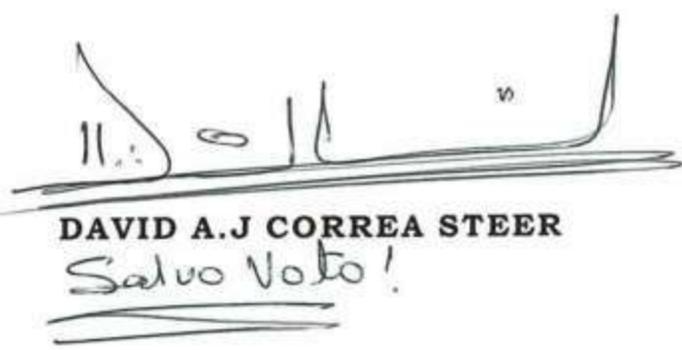
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER
Salvo Voto!

Código Único de Identificación: 11001310501520180061601

Demandante: **FERNANDO SEGURA ARANZAZU**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015

AUTO

PRIMERO: Téngase a la doctora María Camila Bedoya García, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada PORVENIR S.A., y a estudiar

en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **FERNANDO SEGURA ARANZAZU** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante a la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos y a esta última a recibir el traslado de los aportes y reactivar la afiliación del actor.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 14 de octubre de 1955; **2)** Estaba afiliado al RPM administrado por el ISS desde el 10 de agosto de 1990; **3)** Fue trasladado a Porvenir S.A. el 22 de mayo de 2000; **4)** Al momento de su afiliación, Porvenir S.A. no brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS; **5)** Cuenta con 63 años; **6)** El 12 de septiembre de 2018 radicó reclamación administrativa ante Colpensiones en la que solicitó la declaratoria de nulidad del traslado a la AFP, petición que fue resuelta de manera negativa en la misma data; **7)** El 20 de

septiembre de 2018, mediante derecho de petición solicitó a Porvenir S.A. solicitando unos documentos, a lo cual se dio respuesta el 27 de septiembre de 2018.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 71 a 99), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que, el traslado realizado por el actor a Porvenir S.A. tiene plena validez y la afirmación de vicio del consentimiento alegado por el actor, debe probarse en el desarrollo del proceso, máxime cuando el demandante, de manera libre y voluntaria se trasladó, dejando en evidencia su intención de permanecer en el RAIS, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, el cual da fe de la voluntad y consentimiento sin vicio alguno.

Precisó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues cuenta con 63 años, ya que nació el 14 de octubre de 1955.

PORVENIR S.A. (fls. 100 a 123), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de

manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Finalizó diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que lo lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

PROTECCIÓN S.A. (fl. 170), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta presentadas y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Resaltó que brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación del actor pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Finalmente, indicó que el demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia condenatoria, declarando ineficaz el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 16 de abril de 1999 a través de Protección S.A., así como el traslado horizontal realizado a Porvenir S.A., ordenando a esta última a trasladar Colpensiones la totalidad de los recursos o sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante; a su vez le ordenó a Colpensiones que acepte dichos recursos y los acredite como semanas cotizadas.

En síntesis, el *a quo* indicó que, en sentencia SL 1689 de 2019, la Corte Suprema de Justicia indicó que: i) el deber de información se encuentra a cargo de las AFP y es exigible desde su creación, encontrándose estas en la obligación de brindar una información clara y transparente, ii) la actuación viciada de traslado de régimen, no se convalida con los traslados entre administradoras del propio RAIS tal y como lo ha manifestado, entre otras, en sentencia SL 33083 de 2011, iii) conforme el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, el afiliado tiene libertad de escogencia de régimen pensional y que si esta es obstruida, conforme al artículo 271 de la misma norma, el empleador puede llegar a ser objeto de sanciones y puede generarse la ineficacia de la afiliación, iv) no se puede alegar que existió una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado pueda tener frente a los derechos prestacionales y que no se puede dar por satisfecho tal requisito con una expresión genérica, de allí que desde el inicio le haya correspondido a las AFP dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz el traslado, v) frente a la carga de la prueba precisó que, si el afiliado alega que no recibió la información al momento de la afiliación, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, en consecuencia la AFP es la encargada de acreditar el hecho positivo contrario.

Adujo que, en este caso, no se acredita que Protección S.A. hubiere cumplido con esa carga probatoria de demostrar el cumplimiento del deber de información al momento del traslado del demandante, pues en el proceso no obra prueba alguna que permita inferir que efectivamente al demandante se le brindó la información necesaria, lo único que obra es el formulario de afiliación el cual, conforme lo ha dicho la Corte, no es suficiente para demostrar que se cumplió con ese deber de información, situación que tampoco se puede tener por demostrada con el

interrogatorio de parte rendido por la actora del cual no se extracta confesión alguna.

Expuso que conforme el artículo 48 de la Constitución el derecho pensional es imprescriptible e irrenunciable, por lo que al estar la ineficacia del traslado íntimamente relacionada con el derecho pensional, esta sigue la misma suerte de este.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que, la sentencia de primer grado desconoce el principio de la confianza legítima e inescindibilidad de las normas, pues en el fallo se tienen en cuenta los artículos 1604 y 1746 del CC para dar consecuencias jurídicas, pero la inescindibilidad de las normas establece que deben aplicarse de manera completa.

Indicó que el desconocimiento de la norma no sirve de excusa y que en el fallo apelado no se tiene en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de estudiar cada caso particular y en especial los indicios, pues en el interrogatorio de parte el demandante indica que se traslada al RAIS por hacerle un favor a su secretaria y luego se traslada firmando un documento y en su calidad de abogado no se cerciora qué documento estaba firmando y las consecuencias jurídicas de este.

Adujo que no se comparte que a una ineficacia en sentido estricto se le dé una consecuencia de una nulidad, ya que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que habla de la ineficacia en sentido estricto, no trae la consecuencia de retrotraer las cosas a su estado original, ello lo dispone el artículo 1746 CC que habla de restituciones mutuas.

Frente a los gastos de administración, se supone que el demandante nunca estuvo afiliado al RAIS, pero si se ordena el traslado de los rendimientos y de los gastos de administración y en tal sentido si se le da el efecto jurídico correspondiente al traslado, se debe aplicar el artículo 203 de la Ley 100 y no el artículo 1746 del Código Civil, el cual, habla de restituciones mutuas.

Finalizó indicado que la prescripción debe ser aplicada frente a los gastos de administración pues estos son emolumentos netamente económicos y no son destinados a los dineros de la pensión por lo que debe aplicarse la prescripción frente a estos valores.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la

ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia

y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando

de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al

régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 14/08/1990 (fl 34 vto y 78); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 16/04/1999 a través de la A.F.P PROTECCIÓN S.A (fl 170 (fl. 21)); **iii)** que efectuó traslado entre

administradoras del RAIS a PORVENIR S.A. 30/05/2000 (fl. 116); y **iv**) el día 12/09/2018 (fl. 51) solicitó a Colpensiones traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por esta accionada.

Pues bien, a folio 21 del disco compacto obrante a folio 170 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 16/04/1999 con la AFP Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Tampoco se desprende el deber cumplido de la accionada ni con los documentos arrimados al plenario, ni con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, pues de ninguna de las respuestas dadas en la diligencia se puede verificar confesión alguna en su contra, por cuanto sus dichos no demuestran que el actor hubiese recibido información clara concreta y suficiente de las consecuencias que implicaba el

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

traslado de régimen, en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, al no demostrarse por parte de Protección S.A., AFP a través de la cual el demandante realizó el traslado de régimen, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las

legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien. Frente a los puntos concretos de apelación de la A.F.P. PORVENIR S.A. que advierten la inconformidad con el fallo de primera instancia por cuanto ordenó además la devolución de cuotas o gastos de administración, debe decirse que la Sala comparte la decisión, que además se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la

afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

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

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado

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

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la

que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

En lo que respecta al saneamiento del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS, los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen, o la profesión que ostenta el demandante, siendo pertinente recordar que, si bien el actor también tiene obligaciones al ser consumidor financiera, esto no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en*

todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

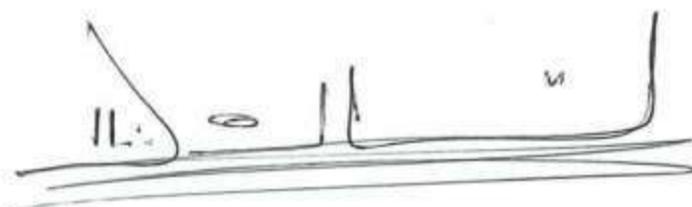
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310502320200020801

Demandante: **GLORIA PATRICIA GARZÓN CAICEDO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA PATRICIA GARZÓN CAICEDO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que

realizó la demandante el día 1° de enero de 2003 a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y a esta última a recibir sin solución de continuidad a la actora y a actualizar la historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 3 de marzo de 1960, cumpliendo con la edad mínima requerida dentro del RPM para acceder a la pensión de vejez, el mismo día y mes del año 2017; **2)** Se afilió al Sistema General de Pensiones con el régimen de prima media (RPM) el 14 de enero de 1982, cotizando 558 semanas con el ISS; **3)** El 1° de enero de 2003 se trasladó al régimen de ahorro individual (RAIS), mediante afiliación a Porvenir S.A.; **4)** Esa decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió; **5)** Desde su afiliación al RAIS el 1° de enero de 2003 hasta el 30 de junio de 2020, cotizó a ese régimen 698 semanas, siendo su actual AFP Porvenir S.A.; **6)** Al 30 de junio de 2020 cotizó 1256 semanas; **7)** Era obligación de Porvenir S.A. informarle acerca del año de gracia que concedió el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así mismo, debió informarle sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, lo cual no sucedió; **8)** Porvenir S.A. le informó que su pensión en el RAIS sería, para el año 2020, la suma de \$877.803; **9)** Conforme su historia laboral en Colpensiones tendría una mesada de \$2.645.779; **10)** Presentó derecho de petición ante Porvenir S.A. el día 14 de febrero de 2020 solicitando la nulidad del traslado de régimen; y **11)** El 17 de febrero solicitó a Colpensiones la nulidad de traslado de régimen, a lo que se le dio respuesta con radicado 2020_2194813.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Archivo "Contestación 2020-208)), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Indicó que, las actuaciones de Colpensiones están encaminadas en pro del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005 que buscan proteger tal principio.

Precisó que la demandante presentó solicitud de traslado al RPM ante Colpensiones el 17 de febrero de 2020, data para la cual contaba con 54 años, por lo que se encontraba inmersa en la prohibición legal para realizar el traslado y al no contar con 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994 resulta improcedente el traslado solicitado.

Expuso que con el traslado de régimen la demandante no se vio afectada pues no era beneficiaria del régimen de transición y no tenía una expectativa legítima para adquirir su derecho pensional en el RPM, por lo que en ella recae la carga de la prueba.

Indicó que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso.

PORVENIR S.A. (Archivo CONT 23 2020 00208 Gloria Patricia Garzón Caicedo vs Porvenir), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Adujo que, el traslado de régimen de la actora fue una decisión libre e informada, tomada luego de haber sido

ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS, así como sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 10226690, documento público y que se presume auténtico, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que esa AFP siempre garantizó el derecho de retracto a la actora, especialmente cuando estas entidades el día 14 de enero de 2004 publicaron en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que se informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes, de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

Precisó que la actora estuvo por 18 años en el RAIS y de manera sorpresiva dice que no tiene conocimiento acerca de las condiciones y beneficios del traslado de régimen, además de manifestar que no recibió asesoría cierta y veraz, sin embargo, la demandante nunca expresó inconformidad alguna por la ausencia de información o solicitó el traslado de régimen en los tiempos establecidos para ello, y ahora que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 argumenta que fue engañada sin probar tal afirmación.

Afirmó que esa AFP ha obrado siempre de buena fe y conforme lo dispuesto en las normas vigentes tanto para el momento de la afiliación como las en vigor, cumpliendo con las obligaciones respecto al deber de información.

Adujo que no es procedente impartir condena alguna por gastos de administración, pues conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se descuenta un porcentaje para los gastos de administración, los cuales no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción.

Mencionó que al ordenar el traslado de estos gastos de administración a Colpensiones, se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esa entidad, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma clara el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando se da un cambio de régimen, dentro de los cuales no están los gastos de administración, lo que evidencia que estos no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él, sino al

fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta del afiliado.

Finalizó diciendo que, en caso de acceder a las pretensiones de la demanda debe condenarse igualmente a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, tal y como lo ha decantado la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en tratándose de las restituciones mutuas.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia condenatoria, declarando ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de las aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto. Así mismo, declaró que la actora se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida y no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

En síntesis expuso que, si bien es cierto para la época en que se dio el traslado de la demandante no se puede hablar de obligaciones tan fuertes o información tan cierta como la que está establecida hoy en día, pues son obligaciones que surgieron con posterioridad al año 2014, sin embargo, si es cierto que para esa época sí existía una obligación de brindar una información cierta, suficiente y clara acerca de las características, diferencias y condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, con el fin de que la persona tomara una decisión debidamente informada, en la que hubiera podido comparar esos dos regímenes, adecuarlos a su situación particular y haber escogido el que más le convenga.

Precisó que la AFP no allegó pruebas suficientes con el propósito de acreditar que en este caso particular le suministró a la actora toda la información necesaria y relevante que llevó consigo la migración del régimen pensional, pues conforme la inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP demandada demostrar que existió una explicación sobre las implicaciones del cambio de régimen, lo cual no se cumplió.

Adujo que no se trata únicamente de firmar o completar el formulario de vinculación, ni adherirse a cláusulas genéricas, como las que allí se establecen, sino haber tenido elementos de juicio para haber adoptado una decisión debidamente informada, especialmente por la trascendencia que la misma tenía al momento de finalizar su vida laboral

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

Precisó que, esa entidad cumplió con las obligaciones legales que tenía para el año 2002, momento en el que se generó la afiliación de la demandante, esto es brindar la información necesaria, clara y completa, adicionalmente dicha información se dio de manera verbal, pues para esa época no existía para la época la obligatoriedad de prestar un documento adicional al formulario de afiliación.

Resaltó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que tampoco hizo nunca ningún tipo de solicitud para retornar al régimen de prima media si este era su deseo.

Precisó que el juez de primer grado declaró la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que establece la ineficacia cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, es decir que se exigen conductas dolosas, y en este caso ellas no fueron alegadas ni demostradas en el proceso.

Manifestó que el fallador de primera instancia expuso que el formulario de afiliación no es una prueba que permita dar conocimiento de la información recibida por la aquí demandante, sin embargo, a este documento no se le puede restar valor probatorio ni mucho menos desconocerlo, ya que nace el cumplimiento de la Ley 100 de 1993 artículo 114, tal y como lo hizo esa AFP.

Adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2003 y que si bien según la jurisprudencia se genera una inversión de la carga de la prueba, imponiendo a las AFP una obligación que no es posible allegar al expediente, esto es un documento adicional al formulario de afiliación, pruebas que no se pueden llevar al expediente y a la parte demandante no se le exige ningún tipo de esfuerzo probatorio generando así un desequilibrio procesal en cada uno de los casos de ineficacia y nulidades de traslado.

Indicó que al generarse una declaración de ineficacia como la de este caso, es como si la demandante nunca hubiera estado afiliada al RAIS, y al suceder esto entonces no se generó ningún tipo de rendimiento, por lo que este concepto debe ser devuelto a Porvenir S.A. debido a que su buena administración generó rendimientos a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, adicionalmente se le condena al retorno de los gastos de administración, los que están avalados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que también se descuentan en el régimen de prima media, máxime cuando estos no son emolumentos que forman parte integral de la pensión de vejez, es decir no la financia, además frente a los mismos ha de aplicarse la prescripción

COLPENSIONES

Solicitó se tenga en cuenta que en este caso no se presentan vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para la demandante, pues para la fecha del traslado había cotizado un total de 191.43 semanas con el ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, además la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo tanto no le son aplicables las sentencias SU de la Corte Constitucional, ya que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003.

Resaltó que en el presente caso no se probó una información equivocada o falsa por parte del fondo, especialmente si se tiene en cuenta que para el año en que la demandante se trasladó los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda

la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por

falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir,

si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que

enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 14/01/1982 (fl 31 Archivo DDA); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 05/11/2005 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 61 Archivo CONT 23 2020 00208); y **iii)** que los días 14/02/2020 y 17/02/2020 (fl. 49 y 60 Archivo DDA) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 61 (Archivo CONT 23 2020 00208) se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 05/11/2005 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, con lo que no es de recibo el argumento presentado por Porvenir S.A. al momento de sustentar su apelación, pues no es que se le esté restando valor probatorio al formulario de afiliación o que el mismo se esté

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

desconociendo, sino que con este no se da por demostrado el deber de información.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 05 de noviembre de 2005, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

Por ello, al no demostrarse por parte de Porvenir S.A., AFP a través de la cual la demandante realizó el traslado de régimen, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el

acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien. Frente al punto concreto de apelación de la A.F.P. PORVENIR S.A. que advierte la inconformidad con el fallo de primera instancia por cuanto ordenó además la devolución de cuotas o gastos de administración, debe decirse que la Sala comparte la decisión, que además se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

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

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su

deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable

el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales,

Código Único de Identificación: 11001310502320200020801

Demandante: **GLORIA PATRICIA GARZÓN CAICEDO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

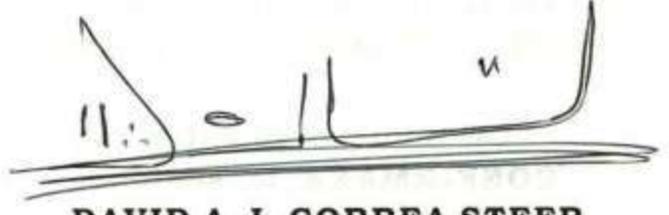
Código Único de Identificación: 11001310502320200020801

Demandante: **GLORIA PATRICIA GARZÓN CAICEDO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Nota!



REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de la parte actora y PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. y contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS MARTÍN HENAO** promoviese contra **PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. y ECOPETROL S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 21 de enero de 2014 al 02 de enero de 2015 con PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S.;

que no se pagaron prestaciones sociales, vacaciones, horas de disponibilidad, y aportes a seguridad social de forma completa; que el contrato de trabajo terminó unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador; y que ECOPETROL S.A. es solidariamente responsable de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicita la reliquidación de cesantías, dos días de salario de enero de 2015, 1872 horas extras nocturnas, 936 horas extras diurnas, 936 horas diurnas, indemnización moratoria, indemnización por despido injusto, e indexación.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó:

- 1)** El 21 de enero de 2014 celebró contrato a término fijo con PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S., para desempeñar el cargo de Mecánico, con un salario de \$4'000.000;
- 2)** No le pagaron horas extras, recargos nocturnos, ni horas de disponibilidad;
- 3)** Devengaba \$4'000.000;
- 4)** Prestó sus servicios en la base de Yondó y sus alrededores;
- 5)** Su horario de trabajo era de 14 días de labor con siete de descanso;
- 6)** Laboró 347 días, debiendo prestar su servicios en turnos de 6:00 A.M. a 6:00 P.M., y de 6:00 P.M. a 6:00 A.M., debiendo estar disponible a la hora que fuera requerido;
- 7)** Durante 234 días estuvo en la base de Yondó;
- 8)** Le era pagado su salario sobre la base de ocho horas diarias laboradas, con el correspondiente recargo si se laboraban domingos o festivos;
- 9)** Estaba disponible para cuando su empleador lo requería en la base del municipio de Yondó, permaneciendo durante 936 horas diurnas y 1872 horas nocturnas;
- 10)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende;
- 11)** El contrato de trabajo culminó el 02 de enero de 2015 por decisión unilateral del empleador, y sin justa causa comprobada;
- 12)** No le informaron con una antelación no inferior de 30 días que su contrato a término fijo inferior a un año no sería prorrogado; y
- 13)** Fue contratado para la ejecución del

contrato MA-0002983 suscrito entre ECOPETROL S.A. y PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. (fls. 73 a 87), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, buena fe, prescripción, y la genérica.

Aceptó que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, pero que lo fue, para el desarrollo de una obra o labor determinada, en el cargo de mecánico. Asimismo, indicó que el contrato de trabajo estaba atado a la ejecución del contrato MA-0002983 existente con ECOPETROL S.A., por lo que, no era necesario remitir un preaviso para dar por terminada la relación laboral, bastaba con la expiración de la obra aludida; que los trabajadores contaban con campamentos para descansar luego de su jornada laboral; que pagó todas las obligaciones a su cargo; que de conformidad con el artículo 165 del C.S.T., es dable que se efectúen actividades por turnos siempre y cuando estas sean continuas, en estos casos, se puede laborar más de ocho horas diarias y más de 48 a la semana, siempre que el promedio de horas calculadas en un periodo de tres semanas, no pase de ocho horas diarias y 48 a la semana; y que en adición a lo anterior, el demandante era un trabajador de confianza y manejo.

ECOPETROL S.A. (fls. 204 a 222), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la

obligación y cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de solidaridad a cargo de Ecopetrol S.A., y buena fe.

No aceptó ningún hecho. Indicó que el objeto social de PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. es la prestación de servicios de asistencia técnica y de consultoría, así como de equipos, piezas y repuestos para la industria petrolera; que la actividad del accionante era la de Mecánico, labor ajena a su objeto social; y que por lo anterior, ECOPETROL S.A. no puede ser tenido como intermediario ni beneficiario de la obra que ejecutaba el actor.

1. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

ECOPETROL S.A. llamó en garantía a LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (fls. 223 a 225).

LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (fls. 262 a 309) se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito las de coadyuvancia de las excepciones propuestas por ECOPETROL S.A.; falta de demostración de la solidaridad laboral que operaría respecto a las acreencias laborales; en el presente caso no se cumplen los presupuestos de la solidaridad laboral; improcedencia del reconocimiento de las horas extras, de disponibilidad y demás sumas pretendidas por concepto de salarios; ausencia de configuración de los presupuestos de terminación unilateral sin justa causa: la terminación del vínculo contractual obedeció a la configuración de una causa legal; pago; cobro de lo no debido; improcedencia de la sanción moratoria reclamada; y prescripción.

Propuso como excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía las de ausencia de responsabilidad de ECOPETROL S.A., no existe cobertura de la póliza, la cobertura de la póliza se circunscribe a los términos de su clausulado, ninguna póliza está llamada a cubrir la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., la responsabilidad de la aseguradora se

encuentra limitada al valor de la suma máxima asegurada, y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Negó los hechos de la demanda; empero, aceptó frente al llamamiento en garantía que celebró la póliza No. 30003293, cuya entidad asegurada es ECOPETROL S.A.

Indicó que le asiste a la parte actora la carga probatoria de acreditar que las actividades desarrolladas en la ejecución de la labor desplegada por el demandante estaban relacionadas con el objeto social de ECOPETROL S.A.; que las funciones del demandante son extrañas al objeto social de ECOPETROL S.A., pues el cargo de Mecánico no existe en la planta de ECOPETROL S.A.; y que el vínculo del accionante terminó como consecuencia del finiquito de la obra contratada entre las demandadas.

Adujo que la cobertura del contrato de seguro se encuentra limitada a los estrictos y precisos términos contenidos en su clausulado, los cuales fueron aceptados libre y voluntariamente por las partes; que la póliza No. 30003293 únicamente opera frente a los perjuicios sufridos por ECOPETROL S.A. por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista, PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S., derivadas de la contratación del personal.

2. DESVINCULACIÓN DE ECOPETROL S.A.

En audiencia del 23 de julio de 2018 se declaró probada la excepción previa de falta de competencia frente a ECOPETROL S.A. por no haberse agotado el requisito de la reclamación administrativa, por lo que, se ordenó su desvinculación (medio óptico de folio 379); decisión que no fue impugnada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de

Demandante: **CARLOS MARTÍN HENAO.**

Demandado: **PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. Y ECOPEPETROL S.A.**

marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. y el demandante sí existió una relación laboral mediante contrato de trabajo a término fijo prorrogado por dos periodos iguales con extremos temporales iniciales del 21 de enero de 2014 hasta el 02 de enero de 2015, para desempeñar el cargo de Mecánico con un último salario de \$4'000.000, vínculo laboral que terminó de manera anticipada y sin justa causa imputable al empleador.

SEGUNDO: DECLARAR que PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. no canceló al demandante a la terminación del contrato de trabajo la liquidación correspondiente a los dos días laborados en 2015, el 01 y el 02 de dicha anualidad, por concepto de salarios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones, proporcionalmente al tiempo laborado.

TERCERO: DECLARAR INEFICAZ PARCIALMENTE la cláusula del contrato de trabajo suscrita entre las partes con fecha 21 de enero de 2014 en cuanto a lo que tiene que ver con la renuncia al término de preaviso del contrato y al pago de la indemnización, la cual no procede efecto alguno por ser contrario a la legislación laboral, ateniéndose a lo preceptuado en los artículos 13 y 43 del C.S.T.

CUARTO: CONDENAR a PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. a pagar al demandante lo correspondiente a los dos días laborados en el año 2015, esto es, el 01 y 02 de enero de dicha anualidad por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones, proporcionalmente por el tiempo laborado la suma de \$544.534; suma que deberá ser reconocida debidamente indexada al momento efectivo de su pago.

QUINTO: DECLARAR y CONDENAR a PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S al reconocimiento de la suma de \$45'599.999 por concepto de despido anticipado e injusto a favor del demandante; suma que deberá reconocerse debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago.

SEXTO: ABSOLVER a PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS y a cargo de PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. por la suma de \$1'845.000 y a favor del demandante.

NOVENO: ABSOLVER y desvincular a llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

En síntesis, refirió que se encuentra acreditado que el demandante laboró al servicio de PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 21 de enero de 2014; que en el contrato de trabajo se estableció que la fecha de terminación del vínculo laboral lo sería el 31 de diciembre de 2014, sin que hubiese lugar a preavisos o prórrogas,

así como se certificó que ese día finiquitó definitivamente la relación laboral; que no obstante lo anterior, dicha cláusula resulta leonina, ya que era deber del empleador presentar preaviso, pues la normatividad laboral contiene el mínimo de derechos y garantías, y las partes no pueden derogarlas a través de un documento, por lo que era obligación de PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. efectuar el aludido preaviso; que en tales condiciones el vínculo contractual se extinguió el 02 de enero de 2015, fecha de presentación de la carta de terminación; y que el empleador alegó como terminación del vínculo laboral, el vencimiento del término inicialmente pactado, sin embargo, al no existir preaviso, hay lugar al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa por el término que faltaba para que se extinguiera el contrato, esto es, por 11 meses y 11 días.

Señaló que no operó la excepción de prescripción de las acreencias laborales pretendidas, ya que, se demandó el 30 de octubre de 2015; y que para que se condene por concepto de horas extras, era necesario que no existiera asomo de duda de su ocurrencia, por demás que se encuentra acreditado el pago de estos en los desprendibles de nómina.

Adujo que hay lugar al pago de dos días de salario, esto es, por el 01 y 02 de enero de 2015, al tener por acreditada la relación laboral hasta la última fecha; que por lo anterior, se debe reajustar el pago de prestaciones sociales y vacaciones; que las condenas se deben reconocer debidamente indexadas; y que no se impone sanción moratoria, ya que el empleador actuó con el pleno convencimiento de que estaba pagando lo que le correspondía, en virtud de lo consignado en el contrato inicial, esto es, que no era necesario efectuar un preaviso.

En último término, explicó que no hay lugar a imponer condenas a cargo de LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., ya que, quien efectuó su llamado en garantía, ECOPETROL S.A. fue desvinculado del proceso

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que es dable imponer la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., ya que, se entiende que el contrato fue renovado por el mismo periodo, que el demandante estaba laborando para el 02 de enero de 2015, y que pese a eso se le entregó la carta de terminación, actuar en el que se avizora un actuar de mala fe por parte de su empleador; y que terminó la relación laboral; y que por lo anterior, también se debe imponer la sanción de que trata los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993.

PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S.

Adujo que el demandante no laboró hasta el 02 de enero de 2015, pues por el contrario, éste se presentó a la empresa y a las 8:15 A.M. le reafirmaron la terminación de su contrato de trabajo; que no se puede desconocer las situaciones de los trabajadores un 31 de diciembre, los trabajadores se van, y esto fue lo que precisamente aconteció, el demandante se fue e hizo caso omiso de las carteleras de la empresa, así como de una cláusula que firmó y que estaba en su contrato de trabajo; que el 01 de enero de 2015 era imposible notificar porque era un día festivo; que para la empresa el contrato se terminó el 31 de diciembre de 2014 porque así lo había pactado inicialmente; que por lo anterior, no es dable establecer que laboró hasta el 02 de enero de 2015, y por el contrario, lo que se observa es un abuso del derecho por parte del actor.

Finalmente, indicó que dentro del contrato de trabajo si bien se estableció que era a término fijo se plasmó que este finalizaría por la extinción de la obra; que se acreditó que el contrato con

ECOPETROL S.A. iba hasta el 31 de diciembre de 2014; que en ningún momento la cláusula atinente a que la labor iría máximo hasta el 31 de diciembre de 2014 es ineficaz, pues las partes pactaron que la relación iba hasta esa fecha – el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades-; y que en todo caso, al trabajador se le recordó que su contrato iba hasta el 31 de diciembre a través de la publicación de tal situación en una cartelera, lo que en ningún momento tuvo una intención de subsanar alguna falencia en presentar un preaviso.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, se ordenó correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. y LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Conforme a los reparos expuestos en la apelación, a los cuales debe circunscribirse la Sala, se encuentra que los **problemas jurídicos a resolver** se contraen a determinar i) si el contrato de trabajo ejecutado entre las partes, lo fue a término fijo o fue por duración de la obra o labor; ii) determinar si lo pactado en la cláusula segunda del contrato de trabajo, relativo a que al trabajador se le puede dar por terminado el contrato sin

lugar a indemnización, al preaviso o autorización es ineficaz; y determinar si hay lugar a sanciones moratorias.

DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL. CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O LABOR.

El **contrato de trabajo a término fijo** está consagrado en el artículo 45 del C.S.T., y es aquel en que las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo y que tiene una duración máxima de tres años, pero que puede ser renovado tantas veces como lo dispongan las partes.

Así mismo, el contrato a término fijo finaliza por el vencimiento del término estipulado, siempre y cuando el empleador informe por escrito su determinación de no prorrogar el contrato de trabajo con una antelación no inferior a 30 días, pues de lo contrario se entenderá prorrogado por el término inicialmente pactado; recordando que, cuando el contrato de trabajo es inferior a un año, únicamente se puede prorrogar por tres períodos con un término igual o inferior al inicialmente pactado, de manera que, una vez superadas tales prórrogas, la renovación no puede ser inferior a un año.

En relación con el preaviso recuérdese que este es como una confirmación de la terminación del contrato, pues si bien se conoce previamente la fecha en que se termina, la ley exige que mediante un preaviso que no puede ser menor a 30 días, el empleador confirme y notifique la decisión de no renovarlo a la otra parte, requisito que constituye un derecho mínimo a favor del trabajador, y que no puede ser desconocido mediante pacto o acuerdo en consonancia con lo establecido en los artículos 13 y 43 del C.S.T. que señalan:

“ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo”.

“ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES. En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por si mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente”.

En ese orden de ideas, ese preaviso, *“por los especiales e importantes efectos que tiene la referida comunicación, es necesario que se exprese por escrito y, lo más importante, que contenga clara e inequívocamente la mencionada «...determinación de no prorrogar el contrato...», pues, como ya se dijo, cualquier silencio, vacío o duda al respecto lo transforma la ley en una prórroga automática o tácita reconducción del vínculo laboral”.* (SL2084-2019).

Por su parte, el **contrato de obra o labor** es aquel se firma por el tiempo que dure la ejecución de una obra, actividad o labor determinada, tal y como se desprende del artículo 45 del C.S.T. que señala que el contrato de trabajo se puede pactar *“por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada”*, de modo que, debe quedar clara la naturaleza misma de la labor y que el acuerdo concluye teniéndola en cuenta, pues de allí es de donde resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3796-2017 adujo:

“En cuanto a las características del contrato que unió a las partes en contienda, esto es por obra o labor realizada, bien vale la pena recordar lo adoctrinado por el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia del 22 de octubre de 1954, así:

cuando el contrato de trabajo tiene por objeto la realización de una obra o labor determinada, es preciso que él se demuestre sin lugar a dudas por quien invoca esa modalidad, pues ella determina fenómenos jurídicos de trascendencia en cuanto a su

terminación. Debe quedar clara la naturaleza misma de la labor y que el acuerdo se concluyó teniéndola en cuenta, pues de allí resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución, y aceptaron de antemano como plazo de la relación el que resultara de su cumplimiento. En esta clase de contratos ocurre lo que en aquellos en que las partes desde el principio convinieron en fijarles duración cierta, porque en ambos ha existido acuerdo previo sobre la misma, con la diferencia de que mientras en uno el plazo es indeterminado pero cierto por cuanto se encuentra fijado por la naturaleza del servicio que se contrata, en el otro es cierto y determinada y surge la estipulación expresa de los contratantes. Más en ambos las partes saben desde el momento de la celebración del contrato cuándo va a verificarse su terminación”

Finalmente, no sobra recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 2014, Rad. 54003, reiterada en las sentencias del 19 de octubre de 2016, Rad. 48879, y SL4909-2020, establece que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, ha dicho que los empleadores tienen la *«libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...»*.

De esta manera, el empleador podía acudir a la modalidad contractual que más le conviniera, ya fuera un contrato de trabajo a término fijo o un contrato de obra o labor; no obstante, es claro que las modalidades contractuales *duración a término fijo* o *por duración de la obra o labor* son excluyentes. En efecto, en sentencia SL3796-2017, se explicó:

“Es que en atención a la denominación de ser un convenio *«a término fijo con salario integral»* fue que el sentenciador de segundo grado, con un criterio eminentemente formal, **estimó perfectamente posible ensamblar en una misma figura jurídica el contrato a término fijo con el de duración de obra o labor, pese a que sus naturalezas son excluyentes, pues caracteriza al primero que las partes conozcan, de antemano, la fecha en la que la relación que las ata va a extinguirse, caso en el cual procede el preaviso y en la restante, aunque si bien no saben con certeza el día exacto de su finiquito, este se determina por la obra de la que emana y de la labor**

Demandante: **CARLOS MARTÍN HENAO.**

Demandado: **PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. Y ECOPETROL S.A.**

para la que allí fue contratado, sin que por tanto puedan existir prórrogas o renovaciones.

En ese sentido, aparece como equivoco que el sentenciador estimara posible vaciar el contenido de cada una de las dos figuras jurídicas, no para ampliar los derechos que se encontraban en debate sino por el contrario para restringirlos, en la medida en que siendo la estabilidad en el empleo un aspecto fundamental en el desarrollo del derecho del trabajo, y encontrándose regulado su piso mínimo, **no podía como lo hizo, permitir un contrato a término fijo sujeto a las contingencias administrativas de las prórrogas de una concesión, menos al arbitrio de la empresa la estabilidad la cual podía, sin más, y en contravía del propio artículo 46 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, terminar el contrato y continuarlo a su voluntad, evadiendo con ello el pago de las indemnizaciones**

(...) Aunque es verdad, que la jurisprudencia ha privilegiado en las relaciones de trabajo que, tanto trabajador como empleador determinen autónomamente la manera en las que aquellas van a desarrollarse, también ha explicado, de múltiples maneras, que **la autonomía individual no puede quebrantar los mínimos y las reglas básicas contenidas en las normas estatales laborales**, al punto de permitir deteriorar su contenido, en contravía del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que implica el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores.

En un caso en el que se debatió un problema jurídico de similares características, esta Sala de la Corte recordó:

Ha de tomarse en cuenta, como de antaño lo ha sostenido esta Corporación, que la duración de estos contratos no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado, habida cuenta que razonablemente la duración de una obra o labor especial depende de su naturaleza. Por ello cuando se echa mano de esta clase de contrato la ley entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas" (SCL 6, mar, 2013, Rad. 39050).

No puede olvidarse que **las normas laborales condicionan la autonomía individual, en tanto regulan unos derechos básicos de los trabajadores que son inamovibles, pero además exigibles, con la pretensión de mitigar que el trabajo se equipare al concepto de mercancía y por ello no es oponible el argumento dado por el juzgador de tratarse de un pacto posible, no solo porque quebrantó la regulación mínima, sino porque ello condujo a que se negara la indemnización ante la evidente falta de causa para proceder a la desvinculación del demandante**, por lo cual resultan prosperas las acusaciones.

En ese sentido **la pluricitada cláusula quinta no podía tener eficacia en lo relacionado con la modalidad contractual, específicamente porque su duración estuvo sujeta, como se evidenció, a la finalización de la obra o labor, al margen que en el texto se hubiere catalogado como a término fijo".** (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No resultan ser objeto de controversia los hechos relativos a **i)** la suscripción de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año entre Carlos Martín Henao y PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. con inicio de vigencia el 21 de enero de 2014, para que el primero desempeñe el cargo Mecánico de conformidad con la obra o labor contratada "Contrato MA-0002983 terminación y reacondicionamiento de pozos para la gerencia nacional Magdalena Medio de Ecopetrol S.A. durante las vigencias 2011-2013, con opción de la vigencia 2014", en el municipio de Yondó -Antioquia, con una remuneración de \$4'000.000 (fls. 14 a 20 y 35); **ii)** La suscripción por parte de PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S y ECOPETROL S.A. el 17 de agosto de 2011, del contrato MA-0002983 que tuvo por objeto la terminación y reacondicionamiento de pozos para la gerencia nacional Magdalena Medio de Ecopetrol S.A. durante las vigencias 2011-2013, con opción de la vigencia 2014; el que iniciaría el 07 de febrero de 2012 y finalizaría en principio el 31 de diciembre de 2013 (fls. 107 a 152); dicho contrato se ampliaría hasta el 31 de diciembre de 2014, mediante el Acuerdo No. 2 al Contrato No. MA-000283 (fls. 153 y 154); **iii)** el 02 de enero de 2015 a las 8:10 A.M., PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. le informó al demandante a través de carta de terminación que su contrato de trabajo había finalizado el 31 de diciembre de 2014 (fl. 21); y **iv)** el pago de acreencias laborales al demandante hasta el 31 de diciembre de 2014 (fls. 95 a 106).

- i) En la etapa probatoria se recibió el **interrogatorio de parte del representante legal de PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. y del demandante**, de quienes no se logró confesión, puesto que, el dicho del primero en lo referente al tipo de vinculación contractual estuvo encaminado a establecer que si bien el trabajador tenía un contrato a término fijo debía ser observada la duración que se establece en la cláusula segunda del contrato de trabajo; y el segundo, que se debió comunicar la fecha de terminación de su contrato de trabajo a través de un preaviso.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas aludidas es necesario resaltar que el contrato de trabajo suscrito entre las partes, visible a folios tiene las siguientes particularidades:

- Se encuentra encabezado como "Contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año", pero en su primer párrafo señala "Contrato MA-0002983 "TERMINACIÓN Y REACONDICIONAMIENTO DE POZOS PARA LA GERENCIA REGIONAL MAGDALENA MEDIO DE ECOPETROL S.A. DURANTE LAS VIGENCIAS 2011-2013, CON OPCIÓN DE VIGENCIA 2014".
- En la cláusula primera se dispone: "OBJETO: EL TRABAJADOR se obliga a prestar sus servicios personales en forma exclusiva al EMPLEADOR e incorporar a ella su capacidad de trabajo en la atención de todas las funciones o la ejecución de las labores correspondientes al cargo de mecánico de conformidad con la obra o labor contratada descrita en el encabezamiento del presente contrato, que desempeñará conforme a las normas y reglamentos del EMPLEADOR y de conformidad con las órdenes e instrucciones que éste le imparta, observando la atención, diligencia y cuidado para asegurar el eficaz resultado del trabajo y en las labores accesorias, conexas y complementarias".

- La cláusula segunda señala: "TÉRMINO O DURACIÓN DEL CONTRATO: El término o duración del presente contrato, será el tiempo señalado de acuerdo a la fecha de iniciación de labores y a su vencimiento, el mismo que tiene como fecha de inicio el 21 del mes ENERO del año 2014 y termina el día 31 de DICIEMBRE del año 2014. En consecuencia, el contrato de EL TRABAJADOR se dará por terminado, sin lugar a indemnización, preaviso o autorización alguna, una vez se cumpla con las fechas mencionadas. (...) Parágrafo 2: EL EMPLEADO acepta desde ahora expresamente que el presente contrato termina sin lugar a indemnización alguna cuando termine por cualquier causa el CONTRATO No. MA-0002983 celebrado entre PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. y ECOPETROL S.A."

Bien, lo primero que debe recordarse es que el contrato de obra o labor y el contrato a término fijo son dos figuras excluyentes, en el caso bajo estudio se observa que en el contrato de trabajo parcialmente transcrito se confundieron dichas modalidades contractuales, pues, por una parte se menciona que el término de duración sería *fijo*, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2014 y, por otra parte, se señala que el contrato finalizaría de igual manera cuando finiquita el Contrato No MA-0002983 celebrado entre ECOPETROL S.A. y PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S.

En ese orden de ideas, habrá de advertirse que si bien la Sala considera que al estarse frente a un contrato a término fijo no es dable pactar como se hizo en este caso en la cláusula segunda del contrato, que el contrato se puede dar por terminado, sin lugar a indemnización, preaviso o autorización alguna, una vez se cumpla con la fecha inicialmente pactada, puesto que, como bien lo dijo el juzgador de primera instancia, el preaviso es un derecho mínimo a favor del trabajador consistente en la confirmación de la fecha en que se finiquitará

el vínculo laboral; lo cierto es que a juicio de la Sala la naturaleza del contrato fue de obra o labor.

En efecto, no desconoce la Sala que se pactó un término fijo que inclusive se determinó que el contrato finalizaría el 31 de diciembre de 2014, y que fue encabezado el contrato con dicha modalidad contractual, no obstante, el objeto de la vinculación no fue otra que prestara sus servicios como Mecánico para la obra o labor contratada con ECOPETROL S.A., esto es, el Contrato MA-0002983, el que inclusive claramente señala que su vigencia es 2011-2013, con opción de que se ampliara a 2014; lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en el parágrafo 2° de la cláusula segunda del contrato de trabajo se estableció que el contrato terminaba cuando finalizara por cualquier causa el contrato No. MA-0002983 celebrado entre PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. y ECOPETROL S.A.

Así las cosas, en atención además al principio de la realidad sobre las formas, resulta claro que el móvil de la contratación del actor no fue otro que prestara sus servicios dentro del contrato No. MA-0002983 el que tenía una duración hasta el 31 de diciembre de 2014 según Acuerdo No 2 del 30 de diciembre de 2013, por lo que, extinguida la razón por la que el actor fue contratado, se entiende de igual manera fenecida su relación laboral; circunstancia que inclusive concluye un contrato a término indefinido, recuérdese que el numeral 2° del artículo 47 del C.S.T. establece *“el contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo”*.

En suma, la anterior interpretación resulta acorde con la efectuada en la aludida sentencia SL3796-2017, en la que se estudiaron circunstancias fácticas similares a las de este caso, y se determinó: *“en ese sentido la pluricitada cláusula quinta no podía tener eficacia en lo relacionado con la modalidad contractual, específicamente porque **su duración estuvo sujeta,***

como se evidenció, a la finalización de la obra o labor, al margen que en el texto se hubiere catalogado como a término fijo”.

Por las anteriores razones, la Sala entiende que el contrato celebrado entre las partes era por duración de la obra o labor, y en consecuencia que este finiquitó cuando se extinguió la obra para la que fue contratado el actor, esto es, el contrato No. MA-0002983 celebrado entre PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. y ECOPETROL S.A., el que según Acuerdo 2° del 30 de diciembre de 2013, tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014.

Por tanto, se considera que la fecha de finalización del contrato de trabajo fue el 31 de diciembre de 2014, de modo que, no hay lugar a reconocer los salarios del 01 y 02 de enero de 2015, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, teniendo en cuenta esos dos días de labor, ni indemnización por despido sin justa causa, pues como quedó dicho, el contrato de finalizó por la expiración de la obra o labor para la que el actor fue contratado.

Como consecuencia de lo anterior, se **REVOCARÁ la sentencia**, y en su lugar, se **ABSOLVERÁ** a las demandadas y a la llamada en garantía de todas las pretensiones incoadas en su contra. Por sustracción de materia, la Sala se abstiene de conocer de la impugnación de la parte actora.

VII. COSTAS.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

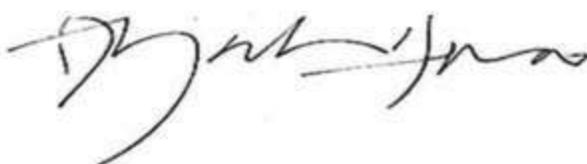
R E S U E L V E

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a las demandadas, **PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S.** y a **ECOPETROL S.A.**, así como a la llamada en garantía, **LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO - Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310502620190036001

Demandante: **NESTOR FABIO ACEVEDO TABORDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015

AUTO

PRIMERO: Téngase a la doctora María Camila Bedoya García, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **NESTOR FABIO ACEVEDO TABORDA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare ineficaz el traslado de efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Old Mutual S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Old Mutual S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que tenga depositado o que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 3 de junio de 1956 y tiene 63 años; **2)** Inició su vida laboral el 3 de marzo de 1989, fecha en la que fue afiliado al ISS y donde estuvo vinculado hasta el mes de abril de 2005; **3)** Se traslado de régimen pensional a Old Mutual S.A. desde el

mes de abril de 2005; **4)** A la fecha de traslado tenía 781.81 semanas cotizadas al ISS, entidad a la que cotizó desde el 3 de marzo de 1989 hasta el 30 de abril de 2005; **5)** En 2005 Old Mutual S.A envió asesores comerciales a la empresa donde laboraba y ofreció de forma masiva el traslado al RAIS; **6)** Old Mutual S.A. no le explicó ni le hizo un estudio claro con los cálculos correspondientes sobre la conveniencia de trasladarse y/o permanecer en el RAIS frente al RPM; **7)** En el RAIS ha cotizado 702 semanas; **8)** Old Mutual S.A. nunca le proporcionó información clara, concreta y precisa frente a las consecuencias de carácter económico a las que estaba expuesto al cambiar de régimen pensional y tampoco sobre la posibilidad de trasladarse al RPM antes de que le faltaren 10 años para pensionarse.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 71 a 86), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que, la afiliación del demandante al RAIS tiene plena validez y legalidad puesto que no se probó por parte del accionante alguna de las causales de nulidad como por ejemplo vicios del consentimiento.

Expuso que el demandante nació el 23 de octubre de 1963 y para la fecha en que solicitó el cambio de régimen le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuadra dentro de la restricción

contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por ello, no es posible el traslado de régimen solicitado, adicionalmente, el actor tampoco tiene derecho al traslado en cualquier tiempo sin consideración a la edad, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que al 1° de abril de 1994 no tenía cotizadas 750 semanas o 15 años de servicios, pues conforme la historia laboral, para dicha data contaba con menos de 750 semanas.

OLD MUTUAL S.A. (fls. 87 a 114), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Expuso que la información brindada por esa entidad es totalmente clara, brindada por el personal idóneo que tiene un conocimiento adecuado sobre las AFP y sobre las características del RAIS, indicando que el hecho que el actor considere que al momento del traslado debió brindársele otro tipo de información, no es razón suficiente para alegar un error de forma o una mala asesoría, y aún así, haya decidido afiliarse con esa AFP y afirmar por escrito que estaba de acuerdo con la información suministrada.

Precisó que el demandante nació el 3 de junio de 1956, por lo que tiene 63 años, siéndole totalmente aplicable la prohibición establecida en el literal e) de artículo 13 de la Ley 100 de 1993 para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, siendo la única opción que tendría para regresar al RPM que fuera beneficiario del régimen de transición por contar con 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994, en aplicación de la sentencia SU 062 de 2010, sin embargo, el demandante no cumple con tal condición.

Indicó que la intención del accionante no es otra que se declare una nulidad relativa, pues no se cumplen los requisitos normativos para declarar una nulidad absoluta, siendo los vicios del consentimiento la única causal posible, sin embargo, estos no fueron demostrados.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando ineficaz el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de junio de 2005, por lo que condenó a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; a su vez le ordenó a Colpensiones que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

En síntesis, la *a quo* indicó que, conforme la sentencia SL 12136 de 2014 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz.

Así las cosas, dijo, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe analizarse si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaban el cambio de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe acreditar que la administradora garantizó una decisión informada.

Expuso que en el caso bajo objeto de estudio, obra en el expediente copia del formulario de afiliación suscrito por el actor que da cuenta en el año 2005 se trasladó del ISS a la AFP Skandia, sin que de dicho documento se desprenda la información brindada al demandante, pues en este simplemente

aparecen los datos personales, ni siquiera en el formulario aparecen los datos del empleador, adicionalmente fue allegado un documento denominado "Presentación cliente", en el cual simplemente se hace referencia a una serie de preguntas sobre la entrevista con el cliente, pero de este no se desprende que al demandante se le haya informado sobre algún tipo de características del Régimen de Ahorro Individual.

Consideró que había que declararse la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, ya que no se demostró que el consentimiento plasmado en el formulario de afiliación haya estado o haya sido precedido de un consentimiento debidamente informado el cual es el necesario para que se tome una decisión acorde a los postulados del derecho o del sistema de seguridad social.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admite el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por

resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de

que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las

reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a l. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 03/03/1989 (fl 26 y 77); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 01/06/2005 a través de la A.F.P OLD MUTUAL S.A (fl 113).

Pues bien, a folio 113 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01/06/2005 con la AFP Old Mutual S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no

acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Tampoco se desprende el deber cumplido de la accionada ni con los documentos arrimados al plenario, ni con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, pues de ninguna de las respuestas dadas en la diligencia se puede verificar confesión alguna en su contra, por cuanto sus dichos no demuestran que hubiese recibido información clara concreta y suficiente de las consecuencias que implicaba el traslado de régimen, en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, al no demostrarse por parte de Old Mutual S.A., AFP a través de la cual la demandante realizó el traslado de régimen, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre su acaecimiento.

Frente a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración, debe decirse que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que

las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

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

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

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

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

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades

a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a OLD MUTUAL S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

Demandante: **NESTOR FABIO ACEVEDO TABORDA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a OLD MUTUAL S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

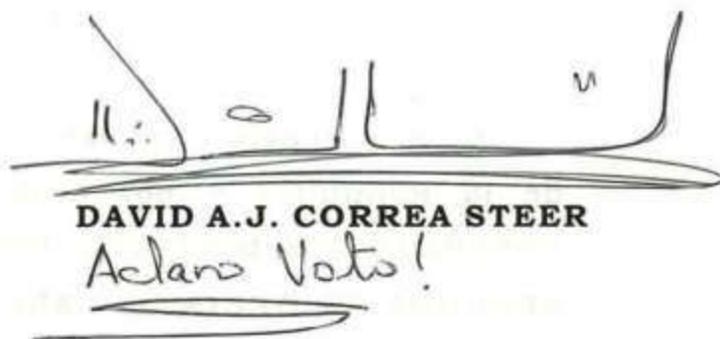
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2016-00720 -01
Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**
Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **IRMA CRISTANCHO MARIÑO** promoviese contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A. y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2016-00720 -01
Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**
Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

partir del 30 de noviembre de 2011. Igualmente, solicita indexación e intereses moratorios.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Néstor Volpe Vanegas nació el 13 de enero de 1933; **2)** Convivió en unión libre con Néstor Volpe Vanegas del 05 de diciembre de 2000 al 30 de noviembre de 2011; **3)** Néstor Volpe Vanegas falleció el 30 de noviembre de 2011; **4)** El 30 de diciembre de 2011 solicitó pensión de sobrevivientes ante Colseguros Rentas Vitalicias; **5)** Aseguradora de Vida Colseguros S.A. le reconoció pensión de sobrevivientes; **6)** El 31 de enero de 2012, Olga Inés Carpio de Volpe, en calidad de cónyuge, solicitó sustitución pensional por el fallecimiento de Néstor Volpe Vanegas; **7)** La Aseguradora de Vida Colseguros S.A. decidió suspender el pago de la mesada pensional, y posterior a la investigación que realizó decidió negarle la pensión de sobrevivientes; **8)** El 11 de abril de 2014, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. antes Aseguradora de Vida Colseguros S.A. reiteró la respuesta negativa de reconocimiento pensional; y **9)** El 18 de febrero de 2015 presentó ante AVIANCA S.A. derecho de petición, solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, quien el 18 de marzo de 2015 remitió la solicitud a Colseguros S.A.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (fls. 84 a 100), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, carencia de derecho, improcedencia del pago de los intereses de mora de las mesadas dejadas de pagar, prescripción, buena fe, y la genérica.

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

Expuso que de conformidad con las averiguaciones y la recolección de documentos que efectuó se pudo determinar que la accionante no era compañera permanente del causante y menos que cumplía con el requisito de convivencia, ya que únicamente era su amiga y desconocía sus afecciones de salud; que dentro de lo historia clínica de la Clínica Universitaria Carlos Lleras Restrepo se realizaron notas el 24 de marzo de 2011, en las que quedó registrado que la demandante manifestó que no era nada del causante; que aunado a lo anterior, fue uno de los hijos quien reclamó el cuerpo del exánime luego de fallecido, transcurridos tres días de este evento; que en las declaraciones allegadas para acreditar la convivencia por parte de la demandante con el difunto, se incurrió en contradicciones en cuanto a la labor que la actora desarrollaba, su dependencia económica, y las fechas en que inició la convivencia; y que el causante estuvo en un hogar geriátrico sus últimos años de vida.

AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A. (fls. 158 a 163), de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación por parte de AVIANCA S.A., ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación.

Indicó que en virtud de la conmutación pensional realizada con Colseguros S.A. en diciembre de 2008, ésta entidad asumió el pago de las pensiones de sobrevivientes que estuvieran a su cargo; y que en todo caso, es obligación de la demandante acreditar que estuvo conviviendo con el causante durante los cinco años anteriores al fallecimiento de éste.

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

2. INTEGRACIÓN DE OLGA INÉS CARPIO DE VOLPE.

Mediante providencia del 24 de septiembre de 2018, el A Quo ordenó la vinculación de Olga Inés Carpio de Volpe (fl.185), como interviniente *ad excludendum*.

OLGA INÉS CARPIO DE VOLPE (fls. 195 a 197), contestó la demanda a través de curador ad litem, quien propuso como excepciones de mérito las que denominó carencia de derecho, y la genérica.

Adujo que no le constan los hechos de la demanda; y que de acuerdo con las manifestaciones y documentales allegadas por la demandante y ALLIANZ SEGUROS S.A. se puede concluir que actora no reúne los requisitos para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y, por lo tanto, que carece del derecho.

Igualmente, presentó **DEMANDA DE RECONVENCIÓN**, a través de la que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor a partir del 30 de noviembre de 2011, e indexación (fls. 199 a 201).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A. (fls. 211 a 215), se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvencción. Contestó en los mismos términos que frente a la demanda de IRMA CRISTANCHO MARIÑO.

Indicó que en virtud de la conmutación pensional realizada con Colseguros S.A. en diciembre de 2008, ésta entidad asumió el pago de las pensiones de sobrevivientes que estuvieran a su cargo; y que en todo caso, es obligación de la demandante acreditar que estuvo conviviendo con el causante durante los cinco años anteriores al fallecimiento de éste.

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (fls. 224 a 234), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, improcedencia del pago de los intereses de mora de las mesadas dejadas de pagar, prescripción, buena fe, y la genérica.

Indicó que conforme a la investigación que realizó para determinar quién era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Néstor Volpe Vanegas, se determinó que la relación que sostenía éste con OLGA INÉS CARPIO DE VOLPE no era constante, sólo era su beneficiaria ante la E.P.S., y que el causante inclusive en vida, según historia clínica, manifestó que había fallecido seis años atrás.

Finalmente, IRMA CRISTANCHO MARIÑO (fls. 268 a 272), también se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención. Propuso como excepciones las de no estar el demandado obligado a cancelar las prestaciones económicas solicitadas por la vinculada, la no existencia de los requisitos para la obtención de los derechos laborales e indemnizaciones que reclama la vinculada, la no existencia de una norma jurídica para la adquisición de la prestación económica demandada por la vinculada, inexistencia de las obligaciones por las cuales se demanda, inexistencia del derecho por el cual se demanda, cobro de lo no debido, indebida aplicación de las normas que la vinculada invoca en apoyo de sus pretensiones y falta de aplicación de las que corresponden, inexistencia de pruebas que demuestren la reclamación por parte de la vinculada a la demandada, prescripción y caducidad, carencia de derecho reclamado, y la genérica.

Explicó que la Ley 54 de 1990 reglamentó las uniones maritales de hecho, estableciendo un régimen patrimonial a favor de las compañeras permanentes; que es necesario demostrar que se hubiese tenido una convivencia permanente con el fallecido; y

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

que los derechos de la esposa se pierden cuando ésta abandona su hogar conforme al artículo 7° del Decreto 1160 de 1989.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

Como sustento de su decisión refirió, en síntesis, que no existe controversia en cuanto a la calidad de pensionado del señor Néstor Volpe Vanegas a partir del 30 de diciembre de 2008, en virtud de la conmutación pensional existente entre AVIANCA S.A. y ALLIANZ SEGUROS S.A.; que al estarse frente a un pensionado era necesario que se acreditaran cinco años de convivencia; que no existe prueba suficiente que permita concluir que IRMA CRISTANCHO MARIÑO convivía con el causante, ya que, en las declaraciones extraprocesales allegadas a juicio no se hace alusión a las circunstancias de tiempo, modo, tiempo y lugar en que se desarrolló tal convivencia, y de los testigos no se logra extraer que una vez fue internado el causante en un hogar geriátrico, dicha accionante estuvo pendiente de su bienestar, por demás que la testigo Luz Mary Rodríguez Lasso únicamente manifestó que veía el causante en el hogar de la demandante, Carlos Cortes Cantor únicamente dio cuenta de la convivencia desde 2010, y Rafael Potes Palacio era un testigo de oídas; y que no hay lugar a reconocer la pensión a favor de OLGA INÉS CARPIO DE VOLPE pues no existe prueba alguna que dé cuenta que convivieron cinco años en cualquier tiempo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta, luego se ordenó correr el respectivo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2016-00720 -01

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las demandadas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al beneficiario, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **el problema jurídico** a resolver, se circunscribe a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de IRMA CRISTANCHO MARIÑO y OLGA INÉS CARPIO DE VOLPE.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Néstor Volpe Vanegas -30 de noviembre de 2011- (fl.38) la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que indica:

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

Al respecto, es necesario precisar que en sentencia **SL1730-2020**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados, de manera que para los afiliados, *“no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia”*.

Frente dicha providencia, la H. Corte Constitucional en sentencia unificadora **SU-149 de 2021** estableció que la

interpretación dada por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral frente a los requisitos de convivencia con el afiliado fallecido, desconocía el principio de igualdad, ya que tal interpretación no guardaba correspondencia con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia, aunado a que carecía de una justificación objetiva.

Asimismo, señaló que tal interpretación desconocía el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues reconocía derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes para el efecto, además de que aumenta el pasivo pensional en un 461% y omitía el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema General de Pensiones; y que el precedente aplicable en la materia era la Sentencia **SU-428 de 2016** cuya *ratio decidendi* enseña que la compañera permanente supérstite del afiliado que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento.

Así mismo, en sentencia SL4318-2021 la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dio cumplimiento a las órdenes de la sentencia SU-149 de 2021, advirtiéndose en las aclaraciones de voto que la providencia se profirió única y exclusivamente en acatamiento de lo dispuesto en el fallo SU-149 de 2021, proferido por H. Corte Constitucional; que las sentencias tomadas en virtud de un estudio de constitucionalidad tienen fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos *erga omnes* y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335- 2008 y C-539-2011); mientras que las sentencias de tutela, aunque también tienen fuerza vinculante, le permiten al juez apartarse de sus postulados, siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los

principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU611-2017).

Agregó que, por lo anterior, se mantenía la Sala en las consideraciones expuestas en la sentencia que fue dejada sin efecto por la H. Corte Constitucional por considerar que dicho criterio jurisprudencial resulta completamente razonable, ajustado al principio de igualdad y al espíritu de la ley, no contraría la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ni produce efectos desproporcionados en la protección a la familia, y tampoco desconoce el precedente constitucional.

Por otra parte, es necesario recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, según lo dicho en sentencias como la del 29 de noviembre de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

Sobre el tópic, es menester precisar que la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral ha expuesto desde la sentencia del 13 de marzo de 2012, rad. 45038, que el referente para determinar el derecho del cónyuge supérstite separado de hecho o de cuerpos a la pensión de sobrevivientes, es la subsistencia del vínculo matrimonial, es decir que no haya divorcio, *“por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho”* (SL3505-2018, SL3405-2018, SL1399-2018, SL14498-2017, SL18068-2016, SL2335-2019), siempre que se compruebe la convivencia entre los contrayentes durante el lapso y las condiciones que exige la ley. Al punto, precisó:

“Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar”.

En sentencia SL480-2020 en un caso de similares connotaciones dijo:

“Así las cosas, si bien el Tribunal hizo una lectura correcta de las pruebas obrantes en el expediente, concretamente, la que obra folio 49 del plenario, en la que consta la celebración del matrimonio católico entre Édgar Caicedo y Vitalina Díaz, el 28 de junio de 1979, con la anotación al pie de página, en la que se precisa «decretada disolución y liquidación sociedad conyugal mediante escritura pública 2397 del 16 de julio de 1998», se equivocó al considerar que ésta última circunstancia, excluía a la actora como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su esposo pues, mientras el vínculo matrimonial se mantuviera vigente y aquella demostrara cinco años de convivencia en cualquier, tenía derecho a su reconocimiento de manera proporcional.

Se insiste, lo que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia del vínculo matrimonial, el cual subsiste incluso, ante situaciones jurídicas relacionadas con la separación de bienes o, como en el presente caso, ante la disolución o la liquidación de la sociedad conyugal, pues dichas figuras no descartan la posibilidad de adquirir ese derecho”.

Entonces, como quiera que el Tribunal consideró que la liquidación de la sociedad conyugal de la cónyuge y el causante –que es un aspecto meramente patrimonial- era motivo suficiente para que la primera no accediera al derecho pretendido, resulta evidente la comisión del yerro jurídico denunciado, al dársele un alcance restrictivo a las normas aplicables al presente asunto. (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Finalmente, la H. Corte ha enseñado que, al cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no se le impone por ley demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia prevista en el inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Así lo consideró, entre otras decisiones, en las sentencias SL359-2020 y SL966-2021:

“Sobre el particular, ha enseñado la Sala que al cónyuge separado (a) de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no se le impone por la ley demostrar la

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia prevista en el inciso 3.º del literal b) antes transcrito. Así lo consideró, entre otras decisiones, en la sentencia CSJ SL359-2020:

«En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el *ad quem* incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019».

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No son objeto de controversia y se encuentran probados en el expediente los siguientes hechos: **i)** la calidad de **pensionado** del señor Néstor Volpe Vanegas, a partir del 13 de enero de 1993, por parte de AVIANCA S.A. (fl.164); **ii)** la conmutación pensional celebrada entre AVIANCA S.A. y COLSEGUROS S.A., el 30 de diciembre de 2008, para que ésta última asumiera las obligaciones nacidas de las relaciones laborales de la primera y con sus pensionados (fls. 101 a 113); **iii)** el matrimonio celebrado entre los señores Néstor Volpe Vanegas y Olga Inés Capio de Volpe el día 15 de octubre de 1955, conforme el registro civil obrante en el medio óptico de folio 274 en el que no aparecen insertas notas marginales de modificación del estado civil; **iv)** el fallecimiento del pensionado Néstor Volpe Vanegas el 30 de

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

noviembre de 2011 (fl.38); **v)** la solicitud pensional elevada por IRMA CRISTANCHO VANEGAS alegando su calidad de compañera permanente del causante, los días 02 de enero y 23 de mayo de 2012 (fl.39 y 45 a 47), cuyas respuestas fueron negativas por parte de ALLIANZ SEGUROS S.A. (fl 45 a 47y 55 a 61) y finalmente; **vi)** la solicitud pensional elevada por OLGA INÉS CARPIO DE VOLPE por el fallecimiento de Néstor Volpe Vanegas en condición de cónyuge (fls.126).

Al proceso comparecieron a rendir testimonio **Luz Mary Rodríguez Lasso, Carlos Cortes Cantor, y Rafael Potes Palacio**, quienes manifestaron:

Luz Mary Rodríguez Lasso dijo que era cuñada de IRMA CRISTANCHO MARIÑO; que conocía a dicha persona desde 1984; conoció al causante en el año 2005, y para tal fecha estaba viviendo con la actora; que no vivía en la misma casa; que en esta casa vivían la demandante, sus papás, dos hermanas, sobrinos y el difunto; que cree el causante estuvo enfermo, lo hospitalizaron, y luego salió a un centro geriátrico; que el fallecido vivió con la accionante hasta que lo hospitalizaron, eso fue en el mismo año 2011; que el causante estuvo en el geriátrico hasta su muerte; que el difunto no volvió a la casa por diferencias familiares con los hermanos de la actora; y que la convivencia de la demandante y el causante fue ininterrumpida, lo que le consta porque iba a visitar a sus suegros cada 15 días y allí siempre los veía.

Carlos Cortés Cantor expuso que IRMA CRISTANCHO MARIÑO era su cuñada; que la conoce hace más de 30 años; que conoció al causante cuando empezó a salir con la actora; que en el 2010 se fue con su esposa a vivir en la casa de los papas de ésta; que la actora y el causante vivieron juntos desde mucho antes del 2010; que casi no iba a la casa donde vivía el causante antes del 2010; que recuerda la fecha en que el causante murió; que no tiene presente que el causante estuviera en un hogar

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

geriátrico; y que tenía en su cabeza que después de estar hospitalizado el causante lo trajeron a la casa.

Rafael Potes Palacio explicó que conoce a IRMA CRISTANCHO MARIÑO desde el año 2001, ya que ella era la Secretaria de la Asociación de Pensionados de AVIANCA S.A.; que en tal condición también conoció al causante; y que fue este quien le contó que estaba en una relación con la señora Irma; que el causante y la actora vivieron juntos desde 2004 hasta la fecha de la muerte del primero; que en la oficina podían ver las atenciones que el causante tenía con la accionante, la atención especial que se tenían entre ellos; y que en la oficina casi todos estaban enterados de la relación que tenía el causante y la actora; y que no existía ninguna prohibición de relaciones en la asociación.

A su vez rindió interrogatorio de parte la demandante **IRMA CRISTANCHO MARIÑO**, quien expuso que cuando el causante falleció convivía con él, vivían sólo los dos; que vivieron desde el 2002 o 2005; que la casa donde vivía con el causante es la casa de sus papás; que el causante estuvo sus últimos días en un hogar geriátrico denominado San Martín; que en el Hospital Carlos Lleras Restrepo dijo que no tenía vínculo o parentesco con el causante por razones familiares y personales, no podía decir que era realmente la compañera, porque su familia no aceptaba que estuviera con él; que dijo en el hospital que no podía llevarse al causante a su casa, porque se lo llevó, no se lo dejaron entrar, y le tocó volverlo a llevar al hospital; que estuvo con el causante en la casa de sus familiares aunque les hicieran mal ambiente; que se presentó como amiga del causante en el Hospital Mederi porque no podía decir en algunos lugares que era su compañero por sus familiares y también por la empresa donde trabajaban, porque les decían que si estaban unidos no podían trabajar en la misma empresa, entonces ocultaron su relación; que su círculo social sabía de su relación con el causante pero no lo aceptaban;

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

y que en el lugar que vivía con el causante estaba también su familia, papás y hermanos.

De otro lado al plenario se allegó documental consistente en extracto de historia clínica del causante, en el que consta que el 24 de marzo de 2011, Néstor Volpe Vanegas fue hospitalizado en la Clínica Universitaria Carlos Lleras Restrepo, en la cual constan las anotaciones del galeno Ricardo Alfonso Castro, que indican que el causante contaba con una pobre red de apoyo, así como las de la Trabajadora Social de dicha institución, Consuelo Rodríguez, quien dejó constancia que la señora IRMA CRISTANCHO MARIÑO manifestó no ser nada del causante y que no podía comprometerse con llevarlo a su casa. (fls.114 a 117).

Igualmente, en la historia clínica del Hospital Meredi del 30 de noviembre de 2011, (fls. 118 a 124) quedó registrado que la demandante IRMA CRISTANCHO MARIÑO se presentó como su amiga, e informó que el causante vivía en un hogar geriátrico; y quedó constancia que al momento de ser trasladado el causante a la Unidad de Cuidados Intensivos no contaba con familiares (fls.114 a 124).

De otro lado se observa la misiva emitida por ALLIANZ SEGUROS S.A., en la que se resuelve negativamente la petición de la demandante, en cuyo contenido se indicó que, conforme investigación realizada, se logró determinar que el demandante fue traslado a un hogar geriátrico desde marzo de 2011; que en la historia clínica del causante aparece que era acompañado por IRMA CRISTANCHO VANEGAS como amiga, así como que no tenía un adecuado conocimiento de las patologías de éste; que cuando el exánime fue trasladado a cuidados intensivos, no había ningún familiar de éste; que de las anotaciones clínicas del 24 de marzo de 2011, IRMA CRISTANCHO VARGAS adujo que no podía comprometerse con el cuidado del causante porque no era nada de él; y que las declaraciones extrajuicio aportadas en tal

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

investigación a juicio de la aseguradora resultaran contradictorias (fls. 45 a 47).

Pues bien. Revisado el material probatorio lo primero que debe advertirse es que el señor Néstor Volpe Vanegas ostentaba la calidad de pensionado, por lo que, era necesario que las demandantes IRMA CRISTANCHO MARIÑO y OLGA INÉS CAPIO DE VOLPE lograran demostrar un mínimo de cinco años de convivencia, de los cuales la primera debía acreditarlos en los últimos cinco años de vida del causante al alegar la calidad de compañera permanente, y la segunda, en cualquier tiempo, al exhibir la calidad cónyuge separada de hecho.

Dicho lo anterior, se tiene que, en el caso de IRMA CRISTANCHO MARIÑO, las pruebas arrimadas al plenario no permiten deducir con certeza el requisito de convivencia, pues como lo estimó la A Quo, las declaraciones vertidas en juicio no logran dar cuenta de manera fehaciente de la convivencia del de cujus con la demandante.

Frente a los testimonios recibidos en audiencia, ellos no brindan la convicción necesaria que de respaldo a las pretensiones de la demanda, por encontrarlos contradictorios. En efecto:

- Luz Mary Rodríguez Lasso, y Rafael Potes Palacio informaron que la convivencia entre el causante y la actora lo fue en el periodo 2004-2005, no obstante, accionante en interrogatorio de parte manifestó sin certeza que había sido en "2002 o 2005".
- Luz Mary Rodríguez Lasso, arguyó que el causante estuvo en el hogar geriátrico, hasta su muerte; empero, la demandante dijo en su interrogatorio que estuvo con ella.
- Rafael Potes Palacio informó que en la oficina todos conocían de la relación del causante y la actora, y que no estaban prohibidas las relaciones entre compañeros de

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

oficina, empero, en interrogatorio de parte la actora adujo que su relación no era conocida por los compañeros de oficina y que estaban prohibidas las relaciones sentimentales entre compañeros de trabajo.

- Finalmente, Irma Cristancho Mariño al momento de rendir interrogatorio de parte incurrió en contradicciones adicionales, pues dijo que vivía sola con el causante, pero posteriormente señaló que lo hacían también sus papás y hermanos.

De otro lado, frente a la los testimonios vertidos en las declaraciones extra juicio arrimadas a las diligencias por la demandante Cristancho Mariño visibles de folios 40 a 43, lo primero por advertir es que examinadas las mismas de conformidad con el Art. 188 del C.G.P, no reúnen los requisitos para ser tenidas en cuenta, de conformidad con las reglas que para la valoración de los testimonios establece el Art. 221 ídem. En gracia de discusión, y en atención a los lineamientos vertidos en sentencias del 02 de marzo de 2007, rad. 27593, 06 de marzo de 2012, rad. 43422, 06 de marzo de 2013, rad. 42536, SL16322-2014, SL15404-2017, SL1744-2018, y SL3466-2021, esto es, que *“los documentos declarativos emanados de un tercero son un medio de prueba válido y permite a los falladores de instancia formar libremente su convencimiento, de cara a la decisión que en un caso en concreto deban adoptar”*, la Sala considera que no logran estas declaraciones su cometido por cuanto de igual manera evidencian contradicciones que no permiten dilucidar con certeza ni la convivencia ni el tiempo de la misma entre la pareja.

En efecto:

- Doris Cristancho Mariño, Mery Cecilia Silva Manosalva y Ligia Rodríguez de Martínez, informaron que la convivencia entre el causante y la actora inició el año 2000, mientras que Luz Mary Rodríguez Lasso, y Rafael Potes Palacio

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

informaron que lo fue en el periodo 2004-2005. Al punto, la actora en interrogatorio de parte manifestó sin certeza que había sido en 2002 o 2005.

- Doris Cristancho Mariño dijo que la actora no labora, por lo que dependía del causante; empero, Mery Cecilia Silva Manosalva y Ligia Rodríguez de Martínez informaron que la accionante sí laboraba.
- Mery Cecilia Silva Manosalva y Ligia Rodríguez de Martínez que IRMA CRISTANCHO MARIÑO y Néstor Volpe Vanegas se fueron a vivir juntos con el consentimiento de los padres de IRMA CRISTANCHO MARIÑO, pues les parecía la pareja perfecta para apoyarse mutuamente por sus condiciones de salud; no obstante, Luz Mary Rodríguez Lasso y la misma actora al rendir interrogatorio de parte expusieron que la familia de la demandante no aceptaba que estuviera con el causante.
- Luz Mary Rodríguez Lasso arguyó que el causante estuvo en el hogar geriátrico, hasta su muerte; empero, la demandante dijo en su interrogatorio que estuvo con ella.
- Carlos Cortes Cantor pese a que señala que vivió en la misma casa con el causante y la actora, adujo que no conocía que el primero estuvo internado en un hogar geriátrico, pues tenía en la cabeza que luego de su hospitalización lo llevaron a la casa; sin embargo, Mery Cecilia Silva Manosalva y Ligia Rodríguez de Martínez señalaron que el causante estuvo en un hogar geriátrico con posterioridad a su hospitalización en abril de 2011.
- Rafael Potes Palacio informó que en la oficina todos conocían de la relación del causante y la actora, y que no estaban prohibidas las relaciones entre compañeros de oficina, empero, en interrogatorio de parte la actora adujo

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

que su relación no era conocida por los compañeros de oficina y que estaban prohibidas las relaciones sentimentales entre compañeros de trabajo.

- Finalmente, IRMA CRISTANCHO MARIÑO al momento de rendir interrogatorio de parte incurrió en contradicciones adicionales, pues dijo que vivía sola con el causante, pero posteriormente señaló que lo hacían también sus papás y hermanos.

De otro lado, obran documentales que permiten extraer que IRMA CRISTANCHO MARIÑO no actuaba con la solidaridad, afecto, socorro, y ayuda mutua propia de una relación conyugal o de una unión marital de hecho, puesto que manifestaba ante las diferentes instituciones de salud (Hospital Mederi y Clínica Universitaria Carlos Lleras Restrepo) que atendieron el estado de enfermedad del causante, que era amiga, y que no tenía nada que ver con él, por lo que no podía llevarlo a la casa, de modo que, inclusive el galeno Ricardo Alfonso Castro y la Trabajadora Social, Consuelo Rodríguez dejaron constancia de la pobre o inexistente red de apoyo familiar con la que contaba el causante; de lo que también quedó constancia cuando el exánime fue traslado a cuidados intensivos, en donde se anotó que no contaba con familiares.

De esta manera, para la Sala no está suficientemente acreditada la convivencia de la actora con el causante durante los últimos cinco años de vida de ésta, por lo que, se procederá a verificar si OLGA INÉS CARPIO DE VOLPE puede ser beneficiaria de la prestación pretendida.

Al respecto, basta con enunciar que en el plenario se carece de prueba alguna que dé cuenta de que hubiere convivido con el causante, por lo menos, cinco años en cualquier tiempo; brilla por su ausencia prueba que de la que se pueda desprender tal situación, por lo que, al estarse frente a ese escenario, le asiste

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2016-00720 -01
Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**
Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

razón a la A Quo al negar el derecho pretendido por tal demandante.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2016-00720 -01

Demandante: **IRMA CRISTANCHO MARIÑO.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-
AVIANCA S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2017-00581 -01
Demandante: **AMALIA ASTRID GÓMEZ MUÑOZ.**
Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **AMALIA ASTRID GÓMEZ MUÑOZ** promoviese contra **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido, del 01 de junio de 2011 al 31 de marzo de 2015. Como consecuencia de lo anterior, solicita salarios insolutos desde

agosto de 2014 a marzo de 2015, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de las cesantías, sanción moratoria, y aportes a pensión.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta: **1)** Ingresó a laborar al servicio de la demandada el 01 de junio de 2011 mediante contrato de prestación de servicios; **2)** Desempeñaba el cargo de Coordinadora Financiera de forma subordinada, y cumpliendo un horario de trabajo de lunes a sábado de 8:00 A.M. a 5:00 P.M.; **3)** Su jefe directo era Alexander Gómez Muñoz, empero algunas órdenes provenían del Rector, Jaime Villamizar; **4)** Debía solicitar permisos en caso de ausentarse, y recibió llamados de atención; **5)** Devengaba \$2'400.000; **6)** Desde 2015, la demandada es objeto de vigilancia especial por parte del Ministerio de Educación Nacional; **7)** El 01 de abril de 2015 se comunicó la terminación de su contrato de trabajo; **8)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende; y **9)** El 19 de febrero de 2016 solicitó el pago de sus acreencias laborales.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN (fls. 43 a 57), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, y prescripción.

Aceptó que desde 2015 es objeto de vigilancia especial por parte del Ministerio de Educación Nacional; y que la demandante

se vinculó mediante contrato de prestación de servicios el 01 de junio de 2011.

Indicó que entre las partes lo que existió fue un vínculo civil de prestación de servicios, en el que la demandante desarrolló su oficio de forma independiente y sin que mediara subordinación; que la actora nunca presentó reclamación del pago de las acreencias laborales que pretende; y que ha actuado de buena fe, puesto que la falta de pago de emolumentos a favor de la demandante surgen como consecuencia de lo dispuesto en la Resolución 1702 del 10 de febrero de 2015, a través de la que el Ministerio de Educación dispuso la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento en que se disponga la medida.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 12 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la actora y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 1° de junio de 2011 hasta el 27 de marzo de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a la actora las siguientes sumas de dinero:

- \$19'200.000 por salarios adeudados de los meses de agosto a diciembre de 2014, y de enero a marzo de 2015.
- \$9'180.000 por concepto de cesantías.
- \$4'213.620 por concepto de intereses a las cesantías.
- \$9'180.000 por concepto de prima de servicios.
- \$89'840.000 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a realizar a favor de la actora el pago de la reserva actuarial que determine Colfondos de acuerdo con el salario devengado determinado en la parte motiva de esta sentencia para el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2011 y el 27 de marzo del año 2015.

CUARTO: CONDENAR a la parte demandada al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre el valor de los

salarios adeudados y prestaciones sociales aquí reconocidos y desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta que se cancele el debida forma las sumas reconocidas.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES formuladas por la demandada.

SÉPTIMO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$2'500.000 a favor de la demandante.

En síntesis, refirió que en aplicación del principio de la primacía de la realidad, la accionante laboró como asesora en el área de coordinación financiera, pues está acreditado que prestó sus servicios en tal cargo, que fue objeto de subordinación por parte de su jefe directo, Alexander Gómez, y que cumplía un horario de trabajo. Encontró el A Quo probado que la trabajadora laboró, por lo menos hasta el 27 de marzo de 2015, según correos electrónicos obrantes en el plenario; que está acreditado que la asignación mensual de la accionante era \$2'400.000 y que no se demostró el pago de los salarios del periodo de agosto a marzo de 2015.

Indicó que no está acreditado el hecho del despido, pues si bien obra carta de terminación, esta fue desconocida por la actora, quien manifestó que nunca la recibió; que hay lugar a imponer sanciones moratorias, ya que el empleador pretendió disfrazar la existencia de un vínculo laboral a través de un contrato de prestación de servicios, por demás que previo a la intervención del Ministerio de Educación, la fundación estaba sustrayéndose del pago de sus obligaciones laborales; y que al demandarse luego de transcurridos 24 meses de la terminación laboral, únicamente es dable imponer intereses moratorios por concepto de sanción moratoria.

En último término, indicó que no operó el fenómeno de la prescripción, puesto que el contrato terminó el 27 de marzo de 2015 y se demandó dentro de los tres años siguientes, esto es, el 15 de agosto de 2017.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE DEMANDADA.

Señaló que el querer de las partes para el año 2011 fue la celebración de un contrato de prestación de servicios, el que se extendió por lo menos por cuatro años sin que se elevara queja alguna por parte de la actora ni que se hubiere obrado de mala fe; que existe una indebida interpretación de la excepción de prescripción, ya que la reclamación de los derechos laborales es individual, corren de manera separada y van feneciendo en el tiempo, de manera que al demandarse en agosto de 2017, únicamente se podría condenar por lo causado desde agosto de 2014; que en el mejor de los casos con la reclamación de 2016 se podría tener la prescripción de acreencias laborales causadas desde 2013; que la condena por concepto de intereses a las cesantías es desproporcional es casi a mitad de las cesantías, aunado a que no se tuvo en cuenta que sobre ellas también operó el fenómeno de prescripción; que no fueron notificados de conformidad con el artículo 94 del C.G.P., pues no le comunicaron la existencia del proceso dentro del año siguiente a la admisión de la demanda.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala

adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar i) si en el vínculo que ató a las partes hubo autonomía de la demandante o, si en virtud del principio de la primacía de la realidad se constituyó un contrato de trabajo entre ésta y la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**; y ii) frente a que acreencias laborales operó el fenómeno extintivo de la prescripción, y en consecuencia, cuál es el valor de las acreencias laborales objeto de condena de prosperar dicho medio extintivo.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la

continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de discusión y aparecen probados en el proceso los siguientes: **i)** la celebración de un contrato de prestación de servicios entre la demandante y la demandada el 01 de junio de 2011, para desempeñar el cargo de Asesor en el área de coordinación financiera, con un valor por concepto de honorarios de \$2'400.000 (fls. 67 y 68); **ii)** que la actora recibió por remuneración de sus servicios entre junio de 2011 y julio de 2014, la suma de \$2'400.000, según reporte de nómina de folio 59 y conforme certificaciones expedidas por la demandada de folios 27 y 62 a 66); **iii)** que la demandante elevó reclamo para el pago de sus acreencias laborales ante la entidad el día 16 de febrero de 2016 (fl.19) y finalmente, **iv)** que el contrato celebrado entre las partes terminó el 27 de marzo de 2015, según se determinó por parte del Juez de Primera Instancia, sin que esto fuera objeto de impugnación.

Para probar sus pretensiones, la activa arrió, aunado a la documental, el testimonio de **Gustavo William Pérez Gómez**, quien informó que laboró en la universidad desde octubre del 2010 hasta diciembre del 2018; que la actora ingresó a laborar en 2011 y estuvo trabajando hasta 2015; que la actora

desempeñaba el cargo de coordinadora financiera, y en tal condición, estaba a cargo de las matrículas, la expedición de recibos, coordinar con los estudiantes lo relacionado con estos temas, y apoyar a la dirección de la sede de Facatativá de la fundación; que la actora cumplía un horario de trabajo de 8:00 A.M. que podía extenderse hasta las 7:00 A.M. u 8:00 P.M.; que laboran los sábados hasta medio día; que la actora tenía asignada su oficina que era donde desempeñaba sus funciones; que los implementos que usaba la actora eran de la universidad; que el Director de la sede de Facatativá era Alexander Gómez, quien le daba órdenes a la actora y tomaba todas las decisiones; y que para ausentarse debían solicitar permisos.

Pues bien. Evaluado la totalidad del material probatorio, la Sala coincide con el razonamiento del A Quo cuando declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes en consideración al principio de la primacía de la realidad, por cuanto se encuentra acreditado el elemento de la prestación personal de los servicios por la activa en beneficio de la pasiva, sin que esta hubiere probado ausencia de subordinación. Lo anterior se concluye del análisis del acervo probatorio documental y testimonial que da cuenta de la prestación de un servicio a todas luces alejado de la autonomía y autocontrol por parte de la demandante, acervo probatorio según el cual, la actora debía prestar el servicio en la sede de la demandada, con los implementos suministrados por ésta, obedecía órdenes del señor Alexander Gómez Muñoz, quien fungió como su superior, debía cumplir horarios de trabajo en las jornadas indicadas por su jefe inmediato y tenía asignado correo institucional, tal y como se logra desprender de los correos electrónicos obrantes a folios 23, 24 y 26). En tales condiciones, considera la Sala que la relación de la actora con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN fluye evidentemente con naturaleza de vínculo laboral al configurarse los elementos de un contrato de trabajo, especialmente la subordinación, pruebas que resultan además contestes con lo expuesto por el **representante legal de la**

demandada a rendir interrogatorio de parte, quien manifestó que la demandante debía cumplir órdenes e instrucciones del jefe directo Alexander Gómez Muñoz, porque éste era el supervisor de las actividades que hacía la actora dentro de la sede Facatativá, así como que la actora tenía un horario de trabajo de 8:00 A.M. a 5:00 P.M, razones por las cuales se CONFIRMARÁ la decisión del A Quo en este punto.

PRESCRIPCIÓN.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establece el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el Art. 489 ídem, y el Art. 151 del C.P.T.S.S., según los cuales, las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el cual se interrumpe por el simple reclamo del trabajador sólo una vez por un lapso igual.

Por su parte, el artículo 94 del C.G.P. establece que la presentación de la demanda también interrumpe el término prescriptivo, siempre y cuando se notifique el auto admisorio de la demanda dentro del término de un año:

“ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se

hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”.

En relación con la interpretación del citado artículo 94 del C.G.P., la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1533-2018, ha enseñado:

“(…) se recuerda que esta Corporación, frente al tema propuesto en los cargos, ha sostenido que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentarse ciertas **circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarlo.** De allí, que se admitan excepciones a lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, -hoy artículo 94 del C.G.P- y se ha aceptado que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, no obstante que la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectuó oportunamente, ya sea, por negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.

(…) Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado «oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.

Entre esas cargas, se encuentra la relativa al trabamamiento de la relación jurídico procesal, que se constituye como el acto procesal necesario para garantizar el derecho de defensa y contradicción, de quien es llamado al proceso. De allí, que el beneficio dispuesto en el artículo 90 del CPC, estuviera supeditado a la notificación del auto admisorio de la demanda,

dentro del año siguiente a la notificación al demandante del mismo. Así, si no ocurre esa situación, esa prerrogativa se perdería, generando, como consecuencia, la prescripción de la acción.”

De esta manera, la prescripción se interrumpe de dos maneras; esto es, a través del simple escrito de trabajador como lo establece el artículo 489 del C.S.T. o a través de la presentación de la demanda, siempre y cuando se notifique ésta dentro del término de un año. Al respecto, en sentencia SL1068-2021, señala:

“Pues bien, la jurisprudencia de la Sala ha señalado en relación con la prescripción de los derechos laborales que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, estos prescriben en tres años, que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible (CSJ SL 5159-2020). La interrupción de la prescripción ocurre a través de dos mecanismos diferentes y no excluyentes: 1) la extrajudicial, mediante la presentación al empleador del simple reclamo escrito por el trabajador respecto de un derecho determinado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo; y, 2) con la presentación de la demanda, en los términos y condiciones señaladas por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 94 del CGP (CSJ SL 5159-2020)”.

Finalmente, no sobra recordar que conforme a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de enero de 2015, Rad. 44651, el término prescriptivo comienza a contabilizarse a partir de la fecha en que cada acreencia laboral se haya hecho exigible; no siendo así con las cesantías, pues según sentencias del 24 de agosto de 2010, Rad. 34393, y 10 de junio de 2015, Rad. 43894, la prescripción sólo empieza a contarse a partir de la ruptura del vínculo contractual. En sentencia SL3169-2014, reiterada en la SL13155-2016, en los cuales, respecto a la prescriptibilidad de los derechos laborales reconocidos a raíz de la declaratoria de un contrato realidad, se precisó:

“Ahora bien, tampoco surge fácilmente explicable ante tan sugestiva tesis, cómo es que respecto de los derechos laborales de quien teniendo una relación subordinada de trabajo, pero simulada o desdibujada por la apariencia de otra

clase de relación jurídica, los términos de prescripción empiezan a correr cuando queda en firme la sentencia que 'constituye' el estatus de verdadero trabajador subordinado; en tanto que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado que inicia y desarrolla su relación sin discusión alguna sobre la naturaleza jurídica de su vínculo, corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos. En otros términos, cómo es que mientras el punto de partida del término prescriptivo de los derechos del trabajador regular se cuenta desde cuando se debe o se tiene que cumplir la respectiva obligación patronal, el del trabajador que labora bajo la apariencia de otra relación queda sujeto a la presentación de la demanda por parte de éste y al reconocimiento de su verdadero estatus de trabajador por sentencia judicial en firme. Lo deleznable del razonamiento que pretendiera dar respuesta a los anteriores interrogantes releva de comentario mayor a la debilidad del argumento de que las sentencias que 'reconocen' el contrato de trabajo como el que 'en realidad' se desarrolló y ejecutó entre las partes en litigio es de naturaleza 'constitutiva' y no meramente 'declarativa', como hasta ahora se ha asentado por la Corte.

Cosa distinta ocurre, debe aclararlo la Corte, cuando quiera que el mismo legislador del trabajo dispone que los términos prescriptivos de las acciones o los derechos se agotan en determinado tiempo contado, por ejemplo, a partir de la terminación del vínculo contractual, o partir del día en que la acción pudo ejercitarse (es el caso de salarios y prestaciones sociales), o a partir del día en que la prestación se hace imposible (vacaciones en caso de terminación del vínculo), o de que se tuvo conocimiento de un determinado hecho o comportamiento (sanciones disciplinarias al trabajador), casos todos ellos previstos en la legislación extranjera como en alguna ocasión lo ha referido en sentencia de tutela la Corte Constitucional, pero que, frente a las mencionadas disposiciones del ordenamiento jurídico interno no pueden tener la misma aplicación, dado que, sin equivocó alguno, en éste el ejercicio de la acción está atado, por regla general, a la exigibilidad del respectivo derecho (Resalta la Sala)".

Sentadas las anteriores premisas y descendiendo al caso particular, considera la Sala necesario rememorar, que el contrato de trabajo finalizó el **27 de marzo de 2015**, y que el **19 de febrero de 2016**, se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo con la solicitud obrante a folio 19, por lo que en tales condiciones se debía demandar dentro de los tres años siguientes, lo que ocurrió el **15 de agosto de 2017** (fl.28), sin embargo, y para que esta fecha lograra evitar la ocurrencia del fenómeno prescriptivo, era necesario que el auto admisorio de la demanda se notificara dentro del término de un año contado a partir de la notificación al demandante de aquél, pues de lo

contrario la fecha que se tendría en cuenta como aquella en que se demandó sería la de la notificación del auto admisorio de la demanda. Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 40549 en la que se estudió en un caso de similares características de la siguiente manera:

“Así las cosas, se comienza por advertir, entonces, que no es materia de discusión por ninguna de las partes, como no lo fue en las instancias, lo tocante con que el actor dejó de prestar sus servicios a la demandada el 30 de junio de 1999, presentó reclamación administrativa el 19 de octubre de 1999 y la demanda el 18 de enero de 2000, se admitió la misma el 9 de febrero siguiente y se notificó dicho auto al representante de la parte demandada el 18 de diciembre de 2003, sin que en el entre tanto apareciera diligenciamiento, petición o trámite alguno en los autos.

(...) Consecuencia de lo hasta aquí dicho es que no incurrió el Tribunal en yerro jurídico o probatorio alguno cuando concluyó que no habiendo asumido el actor sus cargas procesales respecto del tramamiento de la relación jurídico procesal de la demandada, el fenómeno prescriptivo que se alegó al contestarse la demanda aparecía acreditado, pues, con suficiencia, habían transcurrido más de 3 años entre el 20 de octubre de 1999 -- fecha de la reclamación administrativa-- y el 18 de diciembre de 2003, dado que de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda a la parte actora --11 de febrero de 2000-- al mismo 18 de diciembre de 2003, estaban absolutamente superados los 120 días que para esas datas exigía el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil para tener por interrumpido el letal fenómeno de la prescripción”.

Conforme a lo expuesto, observa la Sala que se presentó la demanda el **15 de agosto de 2017** (fl.28), el auto admisorio de la demanda se notificó por parte del juzgado a la activa el día **31 de agosto de 2017** y que la notificación del mismo a la pasiva aconteció hasta el **10 de abril de 2019** (fl.42), esto es, luego de transcurridos 1 año, 7 meses, y 11 días, por lo que se hace necesario verificar si la falta de cumplimiento de tal presupuesto es consecuencia de la negligencia del juzgado o la elusión de la demandada.

Debe aclararse que si bien el documento de folio 42 contiene como fecha de notificación en su contenido el 10 de abril de 2018, lo cierto es que la fecha impuesta por el sello del juzgado es el

10 de abril de 2019, fecha que además coincide con los términos de ley que se tomó la pasiva para responder el 03 de mayo de 2019, (fl 43) por lo que es esta fecha – 10 de abril de 2019 – la que corresponde en realidad a la fecha de notificación al demandado, teniendo además en cuenta que fue en auto del 29 de mayo de 2019, que el A Quo la dio por contestada en términos de ley (fl 71)

Entonces, observa la Sala que, una vez se admitió la demanda por auto del 30 de agosto de 2017, notificado a la activa por estado del 31 de agosto de 2017 (fl.29), únicamente se encuentra con posterioridad a tal data un memorial obrante a folio 30 con fecha 29 de agosto de 2017 (sic), en la que apoderado de la parte actora únicamente acudió al juzgado de primera instancia con el fin de anexar un nuevo certificado de existencia y representación legal de la fundación demandada (fls. 30 a 33), no obstante, no efectuó ningún acto tendiente a su notificación, carga procesal que le correspondía , encontrándose que solo hay nuevas actuaciones hasta el 10 de abril de 2019, que es la fecha en la que comparece la demandada a notificarse de la demanda, sin observarse en el expediente motivo alguno que lleve a concluir justificada la falta de actividad de la activa tendiente a la notificación del auto que admite la demanda dentro del término de un año, o que ello hubiese acontecido por negligencia del juzgado o elusión de la demandada, lo que es reflejo de la escasa voluntad de la parte actora de cumplir con sus cargas procesales; decisión que resulta conteste a la sentencia SL943-2019, en la que se explicó:

*“Ahora bien, no puede dejarse de lado que según la doctrina de la Corporación, «la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del Juzgado o por actividad elusiva del demandado» (CSJ SL8716-2014), supuestos que aunque se mencionan marginalmente por la censura, no fueron objeto de discusión por la senda de los hechos, de tal manera que pudiera persuadirse a la Sala de que el Tribunal se equivocó al no advertir que los mismos se encontraban demostrados dentro del expediente, más aún si la **percepción del juez colegiado se centró en la evidente***

inactividad de los demandantes de cara al suministro de «lo necesario para que surta la notificación personal al demandado», teniendo en cuenta que luego de la admisión de la demanda, notificada por anotación en estado del 22 de febrero de 2006 (fl. 460), los interesados tan solo efectuaron el pago de las expensas para notificaciones y citaciones el 8 de octubre de 2007 (fls. 462 y 463), es decir, un año y ocho meses después». (Negrillas por la Sala).

Así las cosas, se tiene que la fecha que se tendría como de interrupción de la demanda es el 09 de abril de 2019, data para la cual ya habían transcurridos más de tres años, contados desde la fecha de la solicitud de acreencias laborales, 19 de febrero de 2016, por lo que, se considera que le asiste razón al impugnante en cuanto que operó el fenómeno de la prescripción

En consecuencia se **REVOCARÁN los numerales segundo y cuarto** de la sentencia referentes al pago de salarios insolutos, prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, e indemnización moratoria, para en su lugar **DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** frente a tales emolumentos. Al punto, se aclara que no se revoca el numeral tercero atinente al pago de la reserva actuarial de los aportes a seguridad social en pensiones, por cuanto dicho rubro es imprescriptible. En sentencia SL1473-2021, se enseñó:

“(…) la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a que, por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción. Así se consideró en la sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, que se refirió a la imprescriptibilidad de cálculos actuariales necesarios para financiar la pensión, o en la sentencia CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198, relacionada con la imprescriptibilidad de los bonos pensionales. En esta última decisión se anotó que,

[...] Consideraciones que para la Sala resultan aplicables a la presente situación, pues el acopio de aportes pensionales omitidos por el empleador, sea cual sea la razón de ello, a través de cálculo actuarial, está ligado de forma lógica a la construcción del derecho pensional y a su financiación, de manera que, como se dijo en la sentencia CSJ SL795-2013,

[...] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que

orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, **en cualquier tiempo**, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna.

A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción en tanto tal, en iguales términos que los prohijados por la Sala para el estatus de pensionado, sino tan solo en cuanto a las mesadas o los reajustes dejados de cobrar oportunamente.

De consiguiente, el término prescriptivo trienal consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, no es aplicable en tratándose del pago de aportes que constituyen el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación pensional y, por ello, se itera, su reclamación es imprescriptible. (Subraya fuera de texto)".

Finalmente, se aclara que por sustracción de materia no se hace necesario estudiar los argumentos presentados en la impugnación por parte del apoderado de la parte demandada.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia. Las de primera deberán adecuarse teniendo en cuenta la revocatoria efectuada en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO - **REVOCAR los numerales segundo y cuarto** de la sentencia. En su lugar, se **DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** frente a salarios insolutos, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria, y en consecuencia se **ABSUELVE** a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** de efectuar el reconocimiento y pago de tales acreencias y sanciones laborales.

SEGUNDO - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia impugnada.

TERCERO - Sin costas en esta instancia. Las de primera, deberán adecuarse teniendo en cuenta la revocatoria efectuada en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

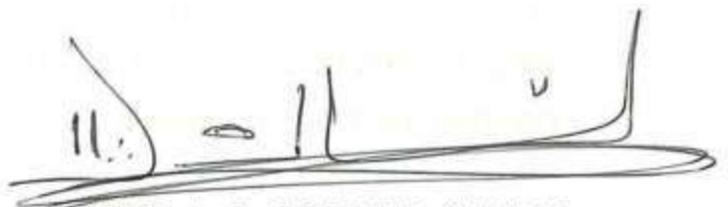
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **PEDRO ARISMENDY LEÓN** promoviese contra **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES-FONCEP.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento, liquidación y pago de la indexación del ingreso

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

base de liquidación de la primera mesada pensional. Como consecuencia de lo anterior, solicita la actualización de su base salarial, reajustes, y diferencias de las mesadas pensionales.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Laboró del 17 de noviembre de 1980 al 14 de junio de 1994, en calidad de trabajador oficial en la Empresa Distrital de Servicios Públicos- EDIS; **2)** La EDIS fue liquidada mediante Decreto 495 de 1996, siendo sustituida en sus obligaciones pensionales por el Distrito de BOGOTÁ D.C.; **3)** El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá condenó al FONCEP reconocer una pensión sanción; decisión que fue modificada por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, en el sentido de establecer que se debía reconocer a partir del momento en que cumpliera la edad de 60 años; **4)** El valor de la mesada pensional fue reconocida, mediante Resolución SPE GDP 1227 de 2018, con el promedio de lo devengado en el último año de prestación del servicio y en proporción al tiempo laborado, sin tener en cuenta la indexación de la primera mesada pensional, y reconociéndose sobre el salario mínimo legal,; **5)** Mediante Decreto 629 de 2016, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. delegó la representación judicial y administrativa de Bogotá D.C. en el FONCEP; y **6)** Elevó reclamación administrativa el 31 de enero de 2020.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

El **FONCEP** (medio óptico de folio 30), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido a la pretensión de la indexación

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

de la pensión sanción, prescripción de la acción, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, y la genérica.

Expuso que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 establece que la pensión sanción se debe reconocer con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, suma que fue liquidada por fallo judicial sin que se prestara algún tipo de controversia sobre el mismo; que se efectúa la indexación de la primera mesada pensional con fundamento en la Ley 100 de 1993, se deberá liquidar con el promedio mensual de los últimos 10 años; que el demandante no cotizó al sistema general de pensiones desde su retiro hasta el cumplimiento de la edad, por lo que, al no hacer parte del sistema general de pensiones, no es dable reconocer la pensión indexada; y que el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá absolvió de la indexación de la primera mesada solicitada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de febrero de 2021, en la que dictó sentencia condenatoria en la que ordenó al FONCEP reconocer y pagar al actor, las diferencias pensionales respecto de las mesadas causadas entre el 08 de abril de 2018 y hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación en debida forma, teniendo como mesada para el año 2018 la suma de \$1'229.882,21, y para 2021, la suma de \$1'338.421,32; retroactivo que se deberá cancelar indexado. Así mismo autorizó a la demandada para que descuente del retroactivo correspondiente el porcentaje por concepto de aportes pertinentes con destino al sistema de seguridad social en salud y condenó en costas a la entidad vencida en juicio

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

En síntesis, refirió que no existía controversia que el actor es acreedor de una pensión sanción a partir del 08 de abril de 2018, en cumplimiento del fallo emitido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de noviembre de 1998, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral; que no operó el fenómeno de la cosa juzgada, ya que en el anterior proceso no se estudió ni se elevó pretensión de primera indexación de mesada pensional, por demás que la indexación solicitada en el primer caso se realizó de forma genérica; que no interesa el tipo de pensión para proceder a efectuar su indexación, pues lo que importa es la actualización su valor como consecuencia de la depreciación de la moneda; que la primera mesada pensional del accionante no fue objeto de indexación, por lo que procede su actualización desde el momento del retiro y el cumplimiento de la edad; que el valor de las diferencias deberá ser calculado sobre 14 mesadas al causarse la prestación antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005; y que no operó la excepción de prescripción, ya que la obligación se hizo exigible el 08 de abril de 2018 y se demandó el 09 de marzo de 2020, de manera que no transcurrieron los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

El **FONCEP** expuso, que con la Resolución 1227 de 2018, el FONCEP trajo a valor presente la suma reconocida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá; y que no hay lugar a reconocer el retroactivo sobre 14 mesadas, ya que, el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce del régimen jurídico colombiano.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si fue indexada la primera mesada pensional por parte del FONCEP al momento de efectuar el reconocimiento pensional; y si es dable ordenar el reconocimiento del retroactivo debidamente indexado.

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiterada en la SL2515-2017, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, consideró: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

“Cabe aclarar que el criterio adocarinado de la Sala, consistente en que toda pensión, ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal, es susceptible de ser indexada en su base salarial con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad”.

Así mismo, la misma corporación estableció, en variada jurisprudencia, como en la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, que para calcular la indexación se debe tener en cuenta la siguiente fórmula: $VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$; donde: VA = IBL o valor actualizado; VH = Ingreso base de cotización; IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) Pedro Arismedy León nació el 08 de abril de 1958 (fl.23).

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

- ii) El actor labró para la EDIS del 17 de noviembre de 1980 al 14 de junio de 1994 (fl.21).
- iii) El 27 de noviembre de 1998, el Juzgado 15 Laboral del Circuito condenó a Bogotá D.C. al reconocimiento y pago de una pensión sanción como consecuencia de los tiempos laborados por el actor para la EDIS, de la siguiente manera: *"Pensión sanción de jubilación en cuantía de \$188.933,29 mensuales a partir de la fecha en que el actor cumpla 60 años de edad, junto con los reajustes de ley, más las mesadas adicionales de cada anualidad, sin que en ningún caso sea inferior al salario mínimo legal mensual"*; decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 09 de febrero de 1999 (fls. 14 a 26).
- iv) Mediante Resolución No. SPE GDP No. 1227 del 17 de septiembre de 2018, el FONCEP dio cumplimiento al fallo del 27 de noviembre de 1998, por lo que ordenó el reconocimiento y pago de la pensión sanción, a partir del 08 de abril de 2018, en cuantía de \$781.242 (fls. 29 a 32).
- v) El actor el 31 de enero de 2020 solicitó la indexación de su primera mesada pensional (fls. 10 a 12).

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que mediante sentencia del Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá del 27 de noviembre de 1998, ciertamente se ordenó el reconocimiento de una pensión sanción a partir del momento en que el actor cumpliera de 60 años, esto es, 08 de abril de 2018, en cuantía de \$188.933,29; suma que se dedujo del promedio del salario que devengó el accionante en su último año de servicios, \$371.185,25, y del tiempo que éste laboró para la EDIS, 13 años, 6 meses y 27 días.

En igual sentido, se tiene que mediante la Resolución No. SPE GDP No. 1227 del 17 de septiembre de 2018, el FONCEP dio

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

cumplimiento al fallo referido, por lo que ordenó el reconocimiento y pago de la pensión sanción, a partir del 08 de abril de 2018, en cuantía de \$781.242 (salario mínimo de 2018), de modo que, para verificar si le asiste razón a la entidad impugnante, en cuanto a que el valor ya se encuentra actualizado, se hace necesario efectuar las siguientes operaciones aritméticas conforme a la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020:

$$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$$

$$VA = \$188.933,29 \times 96.92 / 14,89$$

VA = \$1'229.779 (valor similar al que adujo el A Quo, \$1'229.882,21).

Por tanto, es claro que existe una diferencia entre la primera mesada que fuere reconocida por parte del FONCEP y la que resulta una vez se efectúa su indexación, por lo que en tales condiciones le asiste razón al A Quo en cuanto a que la indexación de la primera mesada pensional no se había efectuado, de ahí que procede su condena.

Por otra parte, y en relación con el reconocimiento del retroactivo teniendo en cuenta la **mesada catorce**, se hace necesario precisar que el Acto Legislativo 01 de 2005 entró en vigor en julio de 2005, por lo que si bien eliminó la mesada 14, y estableció en su párrafo transitorio 6° que se exceptuaban de tal supresión, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, ello no aplica para aquellos que causaron su pensión con anterioridad a la entrada en vigencia de tal acto legislativo.

En efecto, en sentencia del 03 de diciembre de 2014, Rad. 64736, reiterada el 17 de junio de 2015, Rad. 57638, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

que se debe respetar el derecho a percibir 14 mesadas, cuando el derecho se causa con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, porque en el inciso 9° del artículo 48 de la Constitución, dejó claro que en materia pensional se deben respetar los derechos adquiridos.

En igual sentido, y frente a la prestación reconocida al accionante, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en tratándose de pensión sanción, el cumplimiento de la edad es un mero requisito de exigibilidad, no de causación del derecho. En sentencia SL760-2020, en la que analizó un caso con características similares al presente, dijo:

“Ahora, la inconformidad de la entidad recurrente radica en el reconocimiento de la mesada 14 a favor del pensionado, pues en su criterio, fue producto de la aplicación indebida, por parte del *ad quem*, del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, este último que eliminó esa prerrogativa.

En efecto, el inciso 8o del artículo 1° del Acto Legislativo estatuye que *«las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento»*.

Así las cosas y conforme a lo ya expuesto, es claro que el Tribunal no incurrió en ningún dislate, pues la causación de la prestación se verificó en 1991 cuando se cumplieron los requisitos establecidos en la norma, valga repetir, el retiro voluntario y los más de 15 años de servicios a la Caja de Crédito y Agrario, Industrial y Minero, por ello su derecho a la mesada catorce.

Entonces, la causación del derecho se efectuó con anterioridad al acto legislativo, lo que constituía un derecho adquirido en cabeza del pensionado.

Resulta oportuno recordar que tratándose de las pensiones sanción y restringida la Sala ha definido que las mismas se causan por el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, que para el caso de autos son haber cumplido más de 15 años de servicio y haberse retirado voluntariamente, siendo la edad solo un requisito de exigibilidad; tal como se ha indicado en múltiples pronunciamientos, por ejemplo en la providencia CSJ SL9382-2017, en los siguientes términos:

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

Corresponde a esta Sala determinar si es viable que el I.S.S. le reconozca y pague al demandante la pensión de jubilación por retiro voluntario, consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, por haber operado la subrogación del empleador en el pago de dicha obligación o, si por el contrario, no es dable exigir tal prestación económica al I.S.S., según lo sostuvo el Tribunal en la sentencia combatida.

Pues bien, sobre este asunto, la Corte, de manera reiterada, constante y uniforme, ha sostenido que las pensiones restringidas de jubilación, en sus categorías de pensión sanción y por retiro voluntario, son prestaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador. Así lo sentó esta Corporación en sentencia CSJ SL 6 sep. 2011, rad. 45545, reiterada recientemente en la CSJ SL 16386-2014:

*Planteadas así las cosas, le asiste la razón al recurrente y no al Tribunal, habida consideración que las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8º de la Ley 171 de 1961, **se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido injustamente con más de 10 o 15 años de servicio que corresponde a la <pensión sanción>, o cuando se produce el retiro voluntario después de 15 años de servicios que atañe a la llamada <pensión por retiro voluntario>, sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, pues dichas pensiones son independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador.** Además que para el asunto a juzgar, cuando se desvinculó la demandante en el año 1980 y se causó la pensión por retiro voluntario, continuaba en pleno vigor la mencionada pensión especial o proporcional de jubilación en cualquiera de sus dos modalidades. (Negrillas por la Sala).*

Así las cosas, y descendiendo al *sub lite*, se tiene que el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 27 de noviembre de 1998, confirmada el 09 de febrero de 1999, reconoció una pensión sanción, señalando que sería exigible a partir del cumplimiento de los 60 años del actor, esto es, el 08 de abril de 2018, lo que implica que este **causó** su prestación por cumplir los requisitos legales del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 con los tiempos de servicios, empero que debía esperar el cumplimiento de la edad para su disfrute.

Por tanto, y de conformidad con las providencias de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia referidas, esto es, que la edad es tan solo un requisito de exigibilidad y que se deben respetar los derechos adquiridos, se considera acertada la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2020-00145 -01
Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**
Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

decisión del *A quo* de reconocer el retroactivo teniendo en cuenta catorce mesadas.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

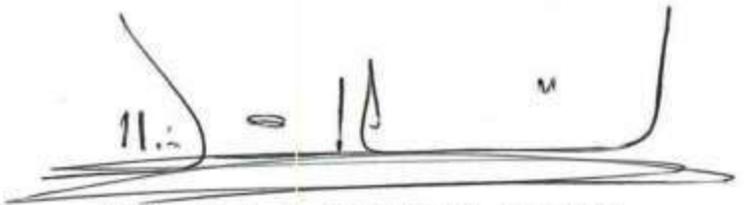
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2020-00145 -01

Demandante: **PEDRO ARISMENDY LEÓN.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de DASA DE COLOMBIA S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **PAMELA MARCELA SILVA NEIRA** promoviese contra **DASA DE COLOMBIA S.A.S. y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad absoluta del acuerdo o terminación del vínculo laboral por mutuo acuerdo y el contrato de transacción, suscritos el 01 de abril de 2016, con DASA DE

COLOMBIA S.A.S. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización de 180 días de salario por ser despedida sin permiso del Ministerio del Trabajo; salarios insolutos, y aportes a seguridad social, desde que fue despedida hasta que se reconoció pensión de invalidez o prestación económica a que haya lugar; y que PROTECCIÓN S.A. proceda al reconocimiento de la pensión de invalidez.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

- 1)** Ingresó a laborar a DASA DE COLOMBIA S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido, el 01 de septiembre de 2009, como Asistente de Gerencia, con una asignación mensual de \$2'754.800;
- 2)** Su lugar de trabajo era en el Kilómetro 5 Vía Cajicá en la Vereda la Fragua, municipio de Cajicá-Cundinamarca;
- 3)** En agosto de 2010 se le diagnosticó una esclerosis múltiple, por lo que empezó a presentar una serie de cargas lesionales severas que le dificultaban su diario vivir;
- 4)** En 2015 estuvo incapacitada producto de su patología;
- 5)** En junio de 2015 fue trasladada a la planta como Analista de Compras por cuanto ya no podía cumplir con el cargo de Asistente de Gerencia debido a su patología;
- 6)** Era la única persona que respondía por su hijo, Andrés Pacheco Silva;
- 7)** El 01 de abril de 2016 mediante documento que se denomina "terminación de contrato de trabajo de mutuo acuerdo", DASA DE COLOMBIA S.A.S. le reconoce una suma equivalente a \$22'332.215;
- 8)** En el examen de egreso se estableció que su condición era no satisfactorio;
- 9)** Interpuso acción de tutela, no obstante, fue negada por el Juez Promiscuo Civil Municipal de Cajicá;
- 10)** El 16 de junio de 2016 solicitó calificación de pérdida de capacidad laboral;
- 11)** El 12 de enero de 2017 se emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral, señalándose que este asciende al 55,68%;
- 12)** El 25 de mayo de 2017 le es manifestado concepto desfavorable de rehabilitación por parte de E.P.S. SANITAS; y
- 13)** PROTECCIÓN el 27 de julio de 2017 únicamente reconoció como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2018-00154 -01
Demandante: **PAMELA MARCELA SILVA NEIRA.**
Demandado: **DASA DE COLOMBIA S.A.S. Y PROTECCIÓN S.A.**

porcentaje de pérdida de capacidad laboral un 32,97%, con fecha de estructuración 19 de julio de 2017, sin que a la fecha hubiere sido nuevamente valorada.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (fls. 223 a 232), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación de asumir a cargo de Protección las prestaciones a que pueda haber lugar por corresponder la pérdida de capacidad laboral a menos del 50%, validez del dictamen de pérdida de capacidad laboral, y la innominada o genérica.

Aceptó que el 25 de mayo de 2017 es emitido concepto desfavorable por parte de E.P.S. SANITAS; y que únicamente reconoció como porcentaje de pérdida de capacidad laboral un 32,97%, con fecha de estructuración 19 de julio de 2017.

Indicó que la accionante cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 32,97%, la que conforme a dictamen emitido el 11 de mayo de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, se encuentra en el 34,73%; y que dicho dictamen no resulta caprichoso puesto que se denota objetivo y sustentado debidamente.

DASA DE COLOMBIA S.A.S. (fls. 276 a 292), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, validez del acuerdo de transacción, ausencia de configuración de estabilidad laboral reforzada en favor de la demandante, e improcedencia de la indemnización del art.26 de la Ley 361 de 1997.

Aceptó que la actora ingresó a laborar a sus servicios el 01 de septiembre de 2009, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que la demandante prestó sus servicios en el Kilómetro 5 Vía Cajicá en la Vereda La Fragua de Cajicá-Cundinamarca; que en agosto de 2010 le fue diagnosticada una esclerosis múltiple; que celebró una transacción con la demandante reconociéndole la suma de \$22'332.215; y que fue negada la acción de tutela impetrada por la actora contra la empresa.

Indicó que el derecho sobre el que versó el contrato de transacción era incierto y discutible; que la actora consintió de manera libre y voluntaria la suscripción del acuerdo de transacción, por demás que no tenía certeza del fuero por estabilidad laboral reforzada de ésta; que para la celebración del acuerdo no se incurrió en error, fuerza o dolo; y que la actora prestaba sus servicios con completa normalidad, no solicitó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en el curso de la relación laboral, y que no encontraba incapacitada al momento de suscribir el acuerdo transaccional.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de enero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del contrato de transacción e ineficacia de la terminación del contrato por mutuo acuerdo celebrado entre las partes el 01 de abril de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a DASA COLOMBIA S.A. a pagar a la actora los salarios insolutos, prestaciones sociales, y aportes a la seguridad social por el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2016 al 31 de diciembre de 2018, por las siguientes sumas y conceptos:

1. \$96'139.824 por salarios insolutos.
2. \$8'011.652 por auxilio de cesantías.
3. \$899.415 por intereses a las cesantías.

Demandante: **PAMELA MARCELA SILVA NEIRA.**

Demandado: **DASA DE COLOMBIA S.A.S. Y PROTECCIÓN S.A.**

4. \$8'011.652 por prima de servicios.
5. \$4'005.826 por vacaciones.
6. A pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde el 01 de abril de 2016 al 31 de diciembre de 2018, teniendo en cuenta como salario base de liquidación la suma de \$2'754.800.
7. \$16'528.800 por indemnización artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

TERCERO: DECLÁRENSE NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

CUARTO: CONDÉNESE en costas a DASA DE COLOMBIA S.A. liquídese por Secretaría e inclúyanse como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$10'000.000.

En síntesis, refirió que no existe controversia en cuanto a que entre las partes existió un contrato de trabajo del 01 de septiembre de 2009 al 01 de abril de 2016; que está acreditado que el último salario de la accionante era la suma de \$2'754.800; que se acoge al criterio de la Corte Suprema de Justicia para determinar si la actora goza de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, por lo que, se debía demostrar una pérdida de capacidad laboral de por lo menos del 15%; que del acervo probatorio recolectado es dable determinar que la actora padecía de esclerosis múltiple desde 2010, que presenta una pérdida de capacidad laboral del 51,50% y que en todo caso, en todas las calificaciones efectuadas por entidades de seguridad social siempre tuvo una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, que la empresa tenía que conocimiento puesto que debía ausentarse, que se arribó a un mutuo acuerdo sin permiso del Ministerio de Trabajo, y que por lo dicho la actora gozaba de especial protección por su condición de salud.

Adujo que en contrato de transacción nada se dijo acerca del estado de salud de la demandante; que debió ser el Ministerio de Trabajo quien autorizara la terminación del contrato de trabajo, ya sea de mutuo acuerdo o de forma unilateral; que cuando se cumplen los presupuestos para dar por terminado un contrato de trabajo se habla es de su ineficacia, la que opera de pleno derecho por gozar la trabajadora de una protección reforzada; que los acuerdos a que arriban las partes en ningún momento genera que el empleador quede exonerado de su deber de solidaridad, y de la protección de los derechos fundamentales

de los trabajadores; y que por lo dicho, resulta procedente el reintegro hasta la fecha del reconocimiento pensional, 31 de diciembre de 2018.

En último término, señaló que no se ordenaba la compensación del valor pagado por DASA DE COLOMBIA S.A. en la conciliación, dado que no se propuso la excepción de compensación; que al darse la terminación del contrato de trabajo sin consideración a la situación de salud de la actora, hay lugar a la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; y que se aclara la sentencia en el sentido que no hay lugar a indemnización moratoria, desistió de esta pretensión.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

DASA DE COLOMBIA S.A.

Manifestó que no se entiende por qué se arriba a la conclusión de que se incurrió en un error, ya que, quedó demostrado que la accionante conocía del contenido del contrato de transacción, que era una terminación de mutuo acuerdo, las consecuencias jurídicas de este finiquito, y es tan así que se protocoliza ante Notario Público; que 16 días después la actora solicitó el cumplimiento del acuerdo transaccional, más aún si se tiene en cuenta que conforme al perito la demandante sí contaba con plena capacidad para firmar este documento; que en ningún momento se demostró que la demandante para el momento de la terminación tuviera una pérdida de capacidad laboral del 15%, puesto que no había iniciado ningún proceso de calificación, restricciones de la A.R.L. o de la E.P.S., desarrollaba sus labores en forma plena sin que tuviera ninguna dificultad para realizarlas; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció como fecha de pérdida de capacidad laboral el 17 de enero de 2019; que conforme a los peritos ser diagnosticado con esclerosis múltiple no significa pérdida de capacidad laboral; que se demostró que había un objeto y causa lícita, vicios del

consentimiento, por demás que si no se dijo nada acerca de su estado de salud era porque la actora no contaba con estabilidad laboral reforzada; que está acreditado que la actora percibía bonos y premios por su trabajo; y que en ningún momento se acreditó que la terminación del contrato de trabajo hubiera obedecido a las limitaciones de la accionante o por motivos discriminatorios, aunado a que no fue un despido y fue un acto de mutuo acuerdo, por lo que no era necesario a solicitar permiso del Ministerio de Trabajo.

Expresó frente a la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que no está acreditado ningún despido ni que la demandante hubiera sido despedida como consecuencia de sus limitaciones de salud, puesto que no estaba incapacitada ni tenía recomendaciones laborales al momento de su terminación; que por el contrario, el finiquito laboral fue de mutuo acuerdo, y en interrogatorio de parte se señaló que se firmó tal convenio, que se protocolizó en notaría, y que reclamó el valor pactado; y que si la transacción es nula, todas las obligaciones se retrotraen a su estado original, por lo que, no debió la actora percibir la bonificación por transacción.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y DASA DE COLOMBIA S.A. para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala

adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si el contrato de transacción celebrado entre las partes es ineficaz y/o nulo en consideración al estado de salud de la accionante.

NULIDAD ACTA DE TERMINACIÓN Y TRANSACCIÓN.

Con respecto a la definición legal de la transacción en materia laboral lo cierto es que no existe en el Código Sustantivo del Trabajo, pues la normativa sustantiva laboral se limita a decir en el artículo 15 que: *“Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”*, pero en ningún momento conceptualiza dicha institución, y aunque es cierto que el contrato de transacción en materia del derecho de trabajo no ha tenido reglamentación, ello no quiere decir que no pueda ser aplicable en materia laboral, conforme lo dispuesto en ese artículo 15 del C.S.T., ya mencionado.

En lo que respecta a la celebración de **contratos de transacción de trabajadores que gozan de estabilidad laboral reforzada**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL410-2020 reiterada en la SL615-2021, estableció que esta se pregona de los trabajadores que han sido despedidos con ocasión de su limitación, por lo que, si el contrato de trabajo termina **por una razón distinta al despido**, no es necesario autorización del Ministerio del Trabajo.

Sin embargo, la misma Corporación ha explicado que cuando un trabajador se obliga a través de un contrato de transacción es necesario que su consentimiento **no adolezca de**

vicios, esto es, de error, fuerza o dolo; en todo caso, cuando se alega alguno de estos, deben estar suficientemente acreditados en el juicio. Al punto, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en sentencia SL787-2021 dijo:

“Sin perder de vista la naturaleza fáctica de la acusación, cabe recordar que el artículo 1502 del Código Civil preceptúa que para que una persona se obligue, es necesario que concurran, entre otros elementos, el consentimiento libre de vicios, es decir, que no adolezca de error, fuerza o dolo (artículo 1508 *ibídem*). Este postulado, adquiere especial relevancia cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, toda vez que el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, de suerte que requiere una especie de acción afirmativa que procure aminorar la diferencia sustancial que caracteriza el vínculo. Por tal razón, en los casos en que se debaten cuestiones como la que ocupa la atención de la Sala, el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad.

Esta Corporación ha adoctrinado que los vicios del consentimiento no se pueden presumir por el juez laboral, sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que *«con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso»* (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015)”. .

Así mismo, ha estipulado que cuando se alega una **alteración psicológica al momento de ser celebrado el contrato de transacción**, esta debe tener la entidad suficiente para alterar la capacidad de juicio y además estar debidamente probada con los medios idóneos. Asimismo, señala, que puede terminarse un contrato de trabajo pese a que se goza de la estabilidad laboral reforzada porque este no concede un derecho absoluto a permanecer en un puesto de trabajo, ni implica que una relación laboral no se pueda terminar. En sentencia SL3144-2021, se determinó:

“la Sala considera oportuno señalar que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de esta Corporación, **no cualquier alteración psicológica afecta la facultad negocial de la persona, sino que esta debe tener la entidad suficiente para alterar su capacidad de juicio y además estar**

debidamente probada con los medios idóneos. Precisamente, en la sentencia CSJ SC4751-2018 esa Sala precisó:

El artículo 1061 del Código Civil, incluye como inhábiles para testar, entre otros, a quien se encontrare bajo interdicción por causa de demencia (ordinal 2°); y al que para entonces no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa (ordinal 3°). La nulidad igualmente se predica de los púberes y de los interdictos por disipación, porque no obstante, ser incapaces para celebrar los demás actos o negocios jurídicos en general (artículo 1504, ibidem), la ley no les restringe la posibilidad de disponer de sus bienes para después de sus días.

*La normatividad, como se observa, consagra dos presunciones, una de derecho y otra de naturaleza legal. La primera, respecto de la incapacidad absoluta del declarado interdicto, no admite prueba en contrario; y **la segunda, asociada con la capacidad general de ejercicio, permite desvirtuarla, demostrando fehacientemente la perturbación.***

*Con relación a esto último, **no se trata de acreditar cualquier discapacidad de juicio, sino establecer si la afección en causa alegada, dada su gravedad, tenía la virtud de suprimir la libre autodeterminación de quien la sufría. Tratándose de desórdenes psíquicos, al decir de la Corte, porque “(...) “no cualquier dolencia mental comporta necesariamente la incapacidad de quien la padece (...)”¹*** (subrayas de la Sala)

*Para el efecto, tiene sentado la Sala, “(...) [no] basta la duda, sino como en toda sentencia condenatoria, se requiere la plena prueba (...)”². Siguiendo el mismo precedente, “(...) **deberá acreditarse en forma plena que dicha persona a la sazón no estaba en su sano juicio porque padecía una enfermedad mental que no le permitía conocer y medir debida o razonablemente las consecuencias de su acto”.***

*De consiguiente, para contrarrestar los efectos jurídicos de un acto o contrato, respecto de los cuales se presume la capacidad de ejercicio de las personas involucradas, **la actividad probatoria del impugnante debe demostrar plenamente, tratándose para entonces de una discapacidad mental, la anomalía psíquica y su influencia en la determinación de la voluntad.***

En esa perspectiva, a juicio de la Corte, lo que la censura pretendió más que demostrar un error evidente de hecho, es anteponer su criterio al del **Juez Plural, quien en virtud del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social goza de libertad probatoria para formar su convencimiento de acuerdo con las reglas de la lógica y la sana crítica**

¹ CSJ. Civil. Sentencia de 16 de julio de 1985, CLXXX-116.

² CSJ. Civil. Sentencia 168 de 13 de julio de 2005, expediente 09882, con cita de doctrina anterior.

(...) Y en este caso en particular, como se explicó al analizar la acusación fáctica, no se acreditó en el proceso que hubo coacción por parte de la empresa al accionante para que firmara el acuerdo transaccional que finalizó el vínculo laboral. Además, este no desconoció derechos mínimos que afectaren su validez porque el trabajador puede válidamente consentir una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo así goce de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada, pues esta no concede un derecho absoluto a permanecer en un puesto de trabajo ni implica que una relación laboral no se pueda terminar”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** Pamela Marcela Silva Neira ingresó a laborar a Danone Alquería S.A.S. hoy DASA DE COLOMBIA S.A.S. el 01 de septiembre de 2009 (fl.19).
- ii)** El 27 de agosto de 2010, la E.P.S COLSÁNITAS determinó que la accionante padecía de esclerosis múltiple, fecha a partir de la cual ha presentado problemas en la marcha, en el lenguaje, y alteraciones neurológicas (fls. 20 a 34).
- iii)** Los días 09 de abril, 29 de julio de 2014, mayo de 2015 y 27 de julio de 2015, la demandante presentó recaídas como consecuencia de su patología, revelando sintomatología relacionada con alteración en la marcha, vértigo, visión borrosa, cefalea, malestar general, y astenia según las historias clínicas de las instituciones de salud, clínicas Reina Sofía y Colsanitas S.A. (fls.38 a 52, y 58).
- iv)** El 18 agosto de 2015 el Médico Cirujano, Hernán García Mercado, le manifiesta a DANONE ALQUERÍA S.A.S., que acorde con la evaluación médica ocupacional, la trabajadora presenta algunas restricciones que debían ser tenidas en cuenta por ellos, tales como, imposibilidad de desplazamiento por más de 30 minutos, y que la trabajadora tenía

una condición de vulnerabilidad manifiesta (fls. 60 y 61).

- v) El 01 de abril de 2016, la demandante y DANONE ALQUERÍA S.A.S. acordaron terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, y que se pagaría la suma de \$22'332.215, así como contrato de transacción con el que se buscaba precaver cualquier reclamación o litigio eventual que pueda versar sobre derechos inciertos y discutibles, en el que se estableció que la actora declaraba a la demandada libre de cualquier reclamo laboral, y que se celebró de forma voluntaria; actos que fueron suscritos ante Notario Público (fls.81 a 85).
- vi) El 09 de abril de 2016 el concepto médico de aptitud ocupacional se determinó como "no satisfactorio", por lo que se recomendaba que la actora asistiera a controles médicos con especialista, no suspendiera su tratamiento médico, que manejara estilos de vida saludables, uso de bloqueador solar, dieta balanceada, autoexamen de seno mensual, y CCV anual; y que tenía un diagnóstico de esclerosis múltiple, por lo que presentaba debilidad, limitaciones en la marcha, y leve desviación de la columna (fls. 79 a 80).
- vii) El 27 de abril de 2016, la sociedad demandada requirió a la demandante para que reclamara el pago de su liquidación final de prestaciones sociales, por lo que, en caso de que no reclamara en el término de dos días contados a partir de la notificación de la carta, efectuaría el correspondiente pago por consignación a su nombre (fls.86).
- viii) El 04 de mayo de 2016 se remitió al demandante título judicial correspondiente a la liquidación final de acreencias laborales con la correspondiente autorización (fls. 87 a 99).

- ix)** El 07 de junio de 2016 las partes comparecieron ante el Ministerio del Trabajo para arribar a una nueva conciliación, no obstante, esta no se logró (fls. 149 y 150).
- x)** El 15 de junio de 2016, la demandante acudió ante el Ministerio de Trabajo para que se iniciara la correspondiente investigación administrativo laboral en contra de la demandada, remitiendo copia a la O.I.T., y Superintendencia de Sociedades; que en diligencia del 28 de septiembre de 2016, la demandante informó que para el momento de la firma del contrato de transacción se encontraba en tratamiento médico, y que su empleador tenía conocimiento de esta situación (fls.106 a 118, 151 a 153).
- xi)** El 21 de junio de 2016, el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Zipaquirá confirmó la decisión del Juez Segundo Promiscuo Municipal de Cajicá, atinente a buscar el reintegro de la accionante por no encontrar que esta se encontrare en estado de minusvalía, puesto que no existe prueba que su estado de salud hubiera interferido en su desempeño laboral, y que la relación laboral terminó de mutuo acuerdo, pudiendo en todo caso acudir a la jurisdicción ordinaria (fls. 158 a 171).
- xii)** El 11 de noviembre de 2016, entre las partes se buscó arribar a un nuevo acuerdo, no obstante, este no se aplazó, evidenciándose que las partes comparecieron al Ministerio del Trabajo el 28 de noviembre de 2018, quien se abstuvo de dar su aval frente a tal acuerdo por existir una investigación para tal fecha (fls. 119, 120, y 126)
- xiii)** El 26 de diciembre de 2016, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca rindió dictamen, en el que determinó que la

accionante presentaba una pérdida de capacidad laboral 55,58%, con fecha de estructuración 06 de mayo de 2015 (fls. 176 a 179).

- xiv)** El 25 de mayo de 2017, E.P.S. Sanitas estableció que el pronóstico de rehabilitación de la actora era desfavorable (fl.181)
- xv)** El 15 de agosto de 2017, PROTECCIÓN S.A., con fundamento en dictamen que rindió Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., notificó a la actora que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 32,97% con fecha de estructuración 19 de julio de 2017 (fl. 187 a 192).
- xvi)** El 11 de mayo de 2018 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, rindió nuevo dictamen señalando que la demandante padecía de una pérdida de capacidad laboral del 34,73% con fecha de estructuración del 09 de abril de 2018 (fls. 253 a 259).
- xvii)** El 15 de febrero de 2019, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que la actora presentaba una pérdida de capacidad laboral del 51,50%, con fecha de estructuración del **17 de enero de 2019**, (fls. 328 a 332).
- xviii)** El 22 de noviembre de 2019, PROTECCIÓN S.A. reconoció pensión de invalidez a la **actora a partir del 17 de enero de 2019** (medio óptico de folio 354)

De igual manera, comparecieron a rendir testimonio **Marlene Neira Bonilla y Stefany del Pilar Sánchez Parra**, quienes manifestaron:

Marlene Neira Bonilla dijo ser la madre de la demandante; que su hija vivía de manera independiente desde que se fue a vivir con su compañero en 2012, pero que éste la abandonó cuando su nieto tenía seis meses; que cuando su hija fue retirada de la empresa no vivía con ella; que no conoce la empresa; que

su hija le dijo que la empresa la iba a trasladar a Bogotá, cerca de donde vive, y que esto le iba a implicar menor esfuerzo por los traslados; que el 01 de abril de 2016 su hija la llamó llorando, diciéndole que la sacaron, le dijo que estaba en la Notaría de Tabio y que estaba firmando; que le dijo que no la llamó antes por el estrés porque la fonética se le enreda; que la habían obligado a firmar y se vio presionada porque el señor Oscar Fuentes le dijo que fuera rápido porque tenía pico y placa; que posteriormente, le dijo que en una bolsa le entregaron sus objetos personales, la montaron a un Uber y que la sacaron de la empresa; que a su hija le dieron un dinero que en su momento no aceptó, pero mucho después por necesidad los aceptó, ya que no tenía apoyo de su compañero y tenía un hijo; que su hija tiene una enfermedad crónica degenerativa, esclerosis múltiple, la que le diagnosticaron en 2010; que la empresa tenía conocimiento de la condición de su hija pues esta enfermedad requería de tiempo y ausencias; que inclusive el jefe de la actora le comentó a su hija que su cuñada tenía esa misma enfermedad; que su hija recibe un medicamento que es Natalizumab que es por vía intravenosa, requiere tiempo de aplicación y descanso; que en la empresa tenían conocimiento por las reiteradas ausencias de su hija, cada mes se aplicaba el medicamento y cada rato necesitaba resonancias; que para 2016, su hija estaba en tratamiento del Natalizumab que es mensual; que la enfermedad de su hija se nota de manera física porque tiene una desmovilización en la parte neurológica y esto conlleva a que su estabilidad y movilidad sea muy poca; que la comprensión cognitiva de su hija es complicada; que su hija en trayectos largos no puede caminar mucho porque su equilibrio no es bueno, que la modalidad es caminar tres cuadras, se sientan, descansan y siguen caminando; que para el 2016 su hija tenía reducciones del habla, lo que le consta porque se ha tomado el cuidado de su nieto, además la acompaña a controles y al suministro de sus medicamentos; que su hija trabajaba en la planta entre Cajicá y Tabio, tomaba bus, y tenía que caminar distancias considerables; que no sabe si había autorización del Ministerio del Trabajo para la firma de la

desvinculación de su hija; que su hija se fue presionada a la Notaría; que su hija no entendió lo que pasaba, el estrés es un detonante para que en esa enfermedad la gente se bloquee, incluso hay momentos en que si ella está bajo estrés y se le dice algo ella no entiende las cosas; que ya fue después que ella la llamó llorando, diciendo que no sabía y le hicieron firmar, que la iban a montar un carro, que la mandaban a Bogotá, que no la dejaron leer, que sólo era el afán de su jefe que tenía que firmar y que no les hiciera perder el tiempo; que no le consta que su hija estuviera asesorada por alguien; que para el momento de la firma del acta de terminación su hija tenía una disminución cognitiva y mental por sus lesiones a nivel cerebral, su nivel de comprensión era muy bajo, y el estrés le aumentaba esa falta de entendimiento; que el único ingreso de su hija era lo de la empresa; que la empresa tenía conocimiento que había sido abandonada por su esposo en 2015; que el proceso del medicamento de su hija no ha cesado, es continuo, mensual, porque lo que hace el tratamiento es parar el avance de la enfermedad, no cura; que su hija tuvo roces con una de sus compañeras Catalina Chica; que su hija le comentó a su jefe, que era difícil la comunicación y el compartir con Catalina Chica, inclusive las citó, pero ella siguió con tónica de tenerla desplazada; y que la enfermedad de su hija tiene picos, siempre hay esa fluctuación, y puede desatarse con el estrés.

Stefany del Pilar Sánchez Parra explicó que era psicóloga de la demandada desde hace siete años; que la actora fue su compañera; que la Directora de Gestión Humana era Catalina Chica; que la demandante nunca le presentó documentos de su estado de salud; que conoció el estado de salud de la actora porque en la compañía se sabía que tenía incapacidades; que no estaba permanentemente en contacto con la actora, estaban en áreas diferentes; que lo que se les notificó era que habían llegado a un acuerdo la actora y la compañía, pero que no estuvo presente en este; que la actora no fue reemplazada con nadie; que recuerde no vio que la actora tuviera a limitación para hablar

o moverse, y que en la ruta la veía normal en su desplazamiento; que físicamente no evidenció la enfermedad de la demandante; que la enfermedad que se enteró que padecía la actora es esclerosis múltiple; que no sabe del tratamiento de la demandante; y que hasta donde recuerda, por reestructuración y el momento económico de la compañía, ésta tuvo que reorganizarse, pero pues esto fue con las mismas personas que ya estaban dentro del área de compras.

Así mismo, y **en relación con el dictamen** de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez rendido el 16 de febrero de 2019, comparecieron a absolver las correspondientes preguntas los galenos **Gloria Maldonado, Juan Humberto Amaya, y Adriana del Pilar Enrique Castaño**, quienes expusieron que la sintomatología de la actora empezó en el 2001, pero que fue diagnosticada en 2010; que la esclerosis múltiple es una enfermedad crónica, degenerativa, huérfana, catastrófica, neurodegenerativa y autoinmune, que ataca principalmente el sistema nervioso central que corresponde al cerebro y a la médula espinal, no es constante su evolución pero tiene picos frente a su evolución y mejoría; que de los informes se observa el de neurología de 2017, en el que se narran funciones mentales normales, lenguaje claro, fluido y coherente, no alteración de pares craneales, y reflejos normales; que en neurología y neuropsicología se determinó que la actora tiene un trastorno cognitivo mayor, que presentaba alteraciones en la velocidad de procesamiento, atención, aprendizaje verbal y visual, un nivel de fatiga alto, y se aconseja anotarse a un programa de rehabilitación cognitiva, respecto a las afectaciones en su memoria y aprendizaje, ya que se ve una respuesta lenta en cuanto a las funciones cognitivas; que el día que la paciente fue a la junta entró sin ayuda pero con marcha lenta, consciente en tiempo y persona, con respuestas lentas pero muy coherentes, y había pérdida de fuerza muscular; que la patología de la actora es muy difícil, y es el neurólogo quien establece en qué punto de deficiencia se encuentra la paciente; que la esclerosis tiene

algunos momentos en que pueden ver a la paciente en remisión y luego tener momentos críticos donde se pierde la capacidad del lenguaje y funciones cognitivas; que la enfermedad de la actora es un trastorno cognitivo mayor, pues afecta la conciencia, memoria y conocimiento; que pese a lo anterior, en la calificación no se toman desde el inicio los síntomas, sino después de haberse hecho un tratamiento continuo; que en los años 2013, 2015, y 2016, la paciente tuvo estados críticos, pero la calificación no se da cuando se inicia la enfermedad, se espera al tratamiento y a la rehabilitación; que a la paciente le hicieron valoraciones posteriores y los neurólogos la vieron en otras oportunidades, evidenciándose que se recuperó en algunos momentos; que para 2010 la paciente ya tenía un compromiso funcional, lo que pasa es que ese compromiso no le daba aun para la incapacidad, porque no llegaba a tener la severidad que llego a tener para el año 2019 en la que se alcanzó una pérdida de capacidad funcional del 51%; que la situación de salud de la actora presenta altas y bajas, por lo que, es posible que si existen mejorías pueda reincorporarse a su labor, pero no se puede adivinar si va a mejorar o no; que no en todas las personas esta enfermedad evoluciona de la misma manera, si ella no tuviera secuelas funcionales su pérdida de capacidad laboral es cero; que decir en qué calificación estaría la paciente al 01 de abril de 2016, sería trabajar en un supuesto, para ello sería necesario analizar la historia clínica, contar con una valoración, y esa respuesta la podría dar es quienes la calificaron en esa época; que la enfermedad no tiene recuperación, pero tiene periodos de estabilidad; y que en el año 2015 la historia clínica refleja un periodo de crisis, el que se puede relacionar con su embarazo, donde se tuvo que retirar unos medicamentos, pero que posterior a este, se tuvieron que dar, con lo que se logró que para 2016 estuviera mejor.

En el *sub lite*, conforme al acervo probatorio aludido, resulta evidente que la accionante presenta la patología denominada esclerosis múltiple, enfermedad que afecta la conciencia,

memoria y el conocimiento, y por entre puede generar alteraciones en la psiquis del paciente, pues conforme a los galenos que comparecieron a juicio es crónica, degenerativa, huérfana, catastrófica, neurodegenerativa y autoinmune; ataca principalmente el sistema nervioso central; afecta el cerebro y la médula espinal; y por las especialidades médicas de neurología y neuropsicología se determinó que la actora tenía un trastorno cognitivo mayor, esto es, que presentaba *alteraciones en la velocidad de procesamiento, atención, aprendizaje verbal y visual*, un nivel de fatiga alto, que requería rehabilitación cognitiva por afecciones en su memoria y aprendizaje; y que tiene algunos momentos en que se puede ver a la paciente en remisión, pero luego tener momentos críticos donde se pierde la capacidad del lenguaje y funciones cognitivas.

Así pues, evidenciada la irregularidad del estado de salud de la accionante y de las alteraciones psicológicas que presentaba según su historial clínico, conforme el criterio de nuestro órgano de cierre (SL3144-2021), para que dichas afecciones tengan la virtud de suprimir la libre autodeterminación de quien la sufre deben tener la entidad suficiente para alterar la capacidad de juicio y además estar debidamente probadas con los medios idóneos, para lo cual el juez, en virtud del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., goza de libertad probatoria para formar su convencimiento de acuerdo con las reglas de la lógica y la sana crítica.

Con lo anterior, la Sala se remite la historia clínica de la señora Pamela Marcela Silva, encontrando que desde el 27 de agosto de 2010, fecha de diagnóstico de la esclerosis múltiple, la actora ha presentado problemas en la marcha, en el lenguaje y alteraciones neurológicas; que el 09 de abril, 29 de julio de 2014, mayo de 2015, y 27 de julio de 2015, la accionante presentó recaídas como consecuencia de su patología, presentando sintomatología relacionada con alteración en la marcha, vértigo, visión borrosa, cefalea, malestar general, y astenia; que conforme

criterio de los galenos Gloria Maldonado, Juan Humberto Amaya, y Adriana del Pilar Enrique Castaño, en los años 2013, 2015, y 2016, la paciente tuvo estadios críticos de la enfermedad, y que si bien para el 01 de abril de 2016 no se podría establecer cuál era la situación de salud de la demandante, esa respuesta - dijeron - la podrían dar quienes la calificaron en esa época. Y precisamente por esta época quien evaluó a la actora a través del concepto médico de aptitud ocupacional que data del 09 de abril de 2016 determinó que el examen de egreso de la accionante no era satisfactorio por su diagnóstico de esclerosis múltiple, que presentaba debilidad, limitaciones en la marcha, y leve desviación de la columna, así como que el 26 de diciembre de 2016, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, rindió dictamen, que para la Sala cobra relevante importancia, en el que determinó que la accionante presentaba una pérdida de capacidad laboral 55,58%, que su fecha de estructuración era el **06 de mayo de 2015**, y que entre otros síntomas, estaba presentando disartría, **pensamiento lento**, **que se le estaban olvidando cosas, así como que presentaba deficiencias del sistema nervioso central y periférico del 61,60%**.

En suma, informa su madre, **Marlene Neira Bonilla**, - testigo que fue estudiado con mayor rigurosidad en virtud del parentesco que tiene con la demandante-, que su hija el día 01 de abril de 2016 la llamó llorando, diciéndole que la sacaron de la empresa, y que la habían obligado a firmar un documento; que en esa época estaba en tratamiento con el medicamento Natalizumab que requiere que el cuerpo tenga descanso y genera debilidad; que su hija no entendió lo que pasaba, por cuanto el estrés es un detonante para que se bloquee; que no la dejaron leer el documento; que la accionante no estuvo acompañada de alguien; y que para el momento de la firma del acta de terminación, la demandante tenía una disminución cognitiva y mental por sus lesiones a nivel cerebral, su nivel de comprensión era muy bajo y el estrés le aumentaba esa falta de entendimiento.

Por otra parte llama poderosamente la atención de la sala, el hecho que la actora no reclamó de forma inmediata el pago de la suma acordada en el contrato de transacción, tan es así que ni siquiera siendo requerida por su ex empleador el 27 de abril de 2016, la reclamó y que posteriormente acudió al Ministerio del Trabajo el 15 de junio de 2016, buscando inclusive la imposición de sanciones y la salvaguarda de sus derechos remitiendo copia ante la Superintendencia de Sociedades y la O.I.T.; situaciones que le permiten a firmar a la sala que no era de interés de ésta arribar a un acuerdo el 01 de abril de 2016 con su empleador para dar por terminado su contrato de trabajo.

En este punto resulta pertinente advertir, que el testimonio de **Stefany del Pilar Sánchez Parra** resulta insuficiente para establecer los elementos que se estudian, ya que fue contundente en afirmar el poco contacto que tenía con la actora y que trabajaba en un área distinta.

Los anteriores elementos probatorios estudiados en su integridad permiten determinar que para la época de la celebración del contrato de transacción, la demandante presentaba alteraciones en su salud mental, por lo que, era deber del empleador como sujeto fuerte de la relación contractual, brindarle el correspondiente cuidado y salvaguardar sus derechos fundamentales, circunstancia que no aparece acreditada, pues, pese a que contaba con una recomendación del 18 agosto de 2015, emitida por el Médico Cirujano, Hernán García Mercado, en la que se le puso de presente que la trabajadora tenía una condición de vulnerabilidad manifiesta (fls. 60 y 61), celebró un contrato de transacción a escasos ocho meses de dicho concepto médico, sin permitirse formar su convencimiento con medio alguno que le posibilitara, al menos de manera sumaria dilucidar las condiciones de salud de la trabajadora al momento de la celebración del mencionado contrato de transacción,

dejando de lado la especial condición que presentaba esta y que esta circunstancia podría afectar su aptitud negocial.

Por tanto, se considera que el contrato de transacción suscrito por la accionante es ineficaz, por cuanto a juicio de la sala las patologías padecidas por la demandante al momento de la suscripción del contrato de transacción tenían la virtud de suprimir la libre autodeterminación de la voluntad. En consecuencia lo procedente jurídicamente, sería el reintegro, con el consecuente pago de salarios insolutos, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social; no obstante, y dado que las pretensiones de la demanda se circunscribieron a que se ordenara el pago de salarios hasta la fecha de reconocimiento de las prestaciones por parte de la entidad de seguridad social y a la indemnizatoria que consagra el art. 26 de la Ley 361 de 1997, y que la A Quo así procedió, reconociendo dichos emolumentos **hasta el 31 de diciembre de 2018** – a pesar de que la pensión de invalidez se reconoció solamente **a partir del 17 de enero de 2019**, que la actora no apeló dicha decisión y que tal circunstancia le es más favorable al apelante único, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* la condena impuesta **SE CONFIRMARÁ.**

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA E INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 361 DE 1997.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, en cuyo artículo 26 consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante Sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o **terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación**, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

Como puede verse, la norma en cita es clara al no circunscribir la indemnización de 180 días de salarios sólo a los casos de despido, sino que también es dable imponerla cuando se termina un contrato de trabajo, independiente de la forma, en consideración a una situación de discapacidad.

Ahora bien, conforme las consideraciones vertidas en líneas precedentes de esta decisión deben precisarse que, si bien en la

sentencia SL410-2020, se establece que cuando termina el contrato de trabajo por una razón distinta al despido, como lo es a manera de ejemplo una transacción o por mutuo acuerdo, no es necesario autorización del Ministerio del Trabajo, lo cierto es que, en este caso quedó acreditado que no resulta dable pregonar la eficacia del aludido mutuo acuerdo debido a las alteraciones en la salud mental que la demandante presentaba para la época de la suscripción del acuerdo de transacción. Por tanto, se procederá a verificar si el contrato laboral de la demandante fue terminado como consecuencia de su estado de salud.

Al respecto, es menester recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): i) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; ii) que el empleador conozca de ese estado de salud; y, iii) que termine la relación laboral «por razones de su limitación física», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Ver al respecto la sentencia SL10538-2016.

De la misma manera el órgano de cierre de esta jurisdicción ha enseñado, que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad “que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión

unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”.

En sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, dicha Corporación expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017, reiterada en SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021.

Así las cosas, y descendiendo al asunto que convoca la atención de la Sala, en el proceso está acreditado que la trabajadora tenía una limitación superior al 15%, no sólo conforme al dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 26 de diciembre de 2016 que determina que para el 06 de mayo de 2015, esto es, antes de la terminación del contrato de trabajo, la actora presentaba una pérdida de capacidad laboral del 55,58%, sino también porque en dictámenes posteriores se determina una pérdida de capacidad laboral del 37,97% para el 19 de julio de 2017, 34,73% para el 09 de abril de 2018, y 51,50% para el 17 de enero de 2019; de modo que desde su primera calificación su pérdida de capacidad laboral ha oscilado entre el 34,73% y el 55,58%, pero nunca ha sido inferior al 15%.

Aunado a lo anterior, la historia clínica y lo expuesto por los galenos que comparecieron a justificar su dictamen: Gloria Maldonado, Juan Humberto Amaya, y Adriana del Pilar Enrique Castaño, determinan que, desde 2010 la demandante había tenido sintomatología relacionada con limitaciones en la marcha, lenguaje, alteraciones neurológicas, vértigo, visión borrosa, cefalea, malestar general, y astenia; y que los periodos de mayor crisis de la accionante fueron entre 2013 y 2016; por lo que, en

consonancia con los dictámenes periciales, la Sala considera que está acreditado suficientemente una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 15% para la fecha de la terminación del contrato de trabajo

De esta manera, es dable presumir que la terminación del contrato fue por la condición de salud de la accionante, debiendo el empleador demostrar que acaeció por otras circunstancias.

Sobre el tópico, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer *“que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso”*, para señalar que *“el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la ya mencionada sentencia SL711-2021.

En ese orden de ideas, le correspondía el empleador demostrar la causa de la terminación del contrato de trabajo la que justificó a través de un contrato de transacción por mutuo acuerdo, el que como quedó visto quedó sin fundamento.

Igualmente, la testigo Stefany del Pilar Sánchez Parra explicó que el contrato de transacción se celebró por una reestructuración del área donde estaba la actora, afirmación que carece de soporte probatorio adicional; por lo que, ante la ausencia de razones que demuestren el porqué de la celebración

de la terminación del vínculo laboral, la condena impuesta por el A Quo se considera acertada, por lo que, **SE CONFIRMARÁ.**

Restitución de los valores pagados.

Finalmente, habrá de advertirse que le asiste razón a la apoderada de **DASA DE COLOMBIA S.A.S.**, en cuanto a que, al declararse que la terminación del contrato fue ineficaz, las cosas deben retrotraerse a su estado inicial; la consecuencia debe ser que el valor que pagó por concepto de terminación de contrato de trabajo por mutuo acuerdo, \$22'332.215, pueda ser descontado de las condenas impuestas; suma que valga decirse fue aceptada como reclamada por la accionante, así como por su madre, Marlene Neira Bonilla.

Por lo dicho, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que de las sumas objeto de condena se debe descontar la suma de \$22'332.215. En lo demás, la sentencia se confirmará.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que de las sumas objeto de condena se debe descontar la suma de \$22'332.215, valor pagado por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-030-2018-00154 -01

Demandante: **PAMELA MARCELA SILVA NEIRA.**

Demandado: **DASA DE COLOMBIA S.A.S. Y PROTECCIÓN S.A.**

DASA DE COLOMBIA S.A. por concepto de terminación de contrato de trabajo por mutuo acuerdo

SEGUNDO - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310503120200008501

Demandante: **ARNULFO ESCOBAR CAMPOS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015

AUTO

PRIMERO: Recocer personería jurídica al doctor JORGE ANDRÉS NARVÁEZ RAMÍREZ, identificado con T.P. No. 345.374 del C.S. de la J., como apoderado sustituto de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S.

SEGUNDO: Reconocer a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA, identificada con T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 0120 del 1° de febrero de 2021.

TERCERO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificado (a) con T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte DEMANDANTE, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ARNULFO ESCOBAR CAMPOS** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN.**

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales efectuados por el demandante, incluidos los rendimientos, bonos pensionales y demás conceptos por él efectuados, sin efectuar ningún tipo de descuento y a esta última a reactivar la afiliación del actor y actualizar la historia laboral.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 23 de julio de 1959; **2)** Empezó a cotizar a seguridad social en pensiones desde marzo de 1978; **3)** Suscribió formulario de afiliación en el 2001 con Horizonte hoy Porvenir S.A., trasladándose así al RAIS; **4)** Posteriormente suscribió formulario de afiliación con Protección S.A.; **5)** Dichas AFP se abstuvieron de cumplir con su deber de información y buen consejo al momento de efectuar el traslado, **6)** Acredita en el RPM un total de 248.71 semanas cotizadas; **7)** Ha cotizado en el RAIS 942.86 semanas; **8)** Tiene un total de 1195.86 semanas cotizadas hasta el mes de julio de 2019; **9)** El 14 de agosto de 2019 elevó derecho de petición ante Protección S.A., en donde, entre otras, se solicitaba proyección de pensión de vejez, petición que no fue atendida; **10)** El 12 de febrero de 2020 radicó ante Colpensiones formulario de afiliación para obtener el traslado de régimen; y **11)** Mediante comunicado del 12 de febrero de 2020 Colpensiones negó el traslado de régimen.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (archivo 001) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 institucional administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

Indicó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, esto es al 1° de abril de 1994, el actor contaba con 8

años de cotización, no siendo procedente acceder a su pretensión de traslado, al no cumplir con el requisito esencial definido por vía jurisprudencial, esto es 15 años cotizados, destacando que el accionante no registró aportes desde el año 1987 hasta el 2001, conforme la historia laboral.

Precisó que el demandante, para la fecha del traslado al RAIS contaba con 40 años y para el 12 de febrero del 2020, fecha de solicitud de regreso al RPM, tenía cumplidos 60 años, con lo que se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

PROTECCIÓN S.A. (Archivo 005), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada.

Resaltó que brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación del demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues

esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Indicó que, tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de la afiliación, pues Protección S.A. jamás ha ejercido ni ejerce, ni ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a esta AFP, y nunca ha atentado contra el derecho de la demandante a la selección libre, voluntaria y espontánea del organismo de seguridad social al que quiso pertenecer, acorde a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, indicó que el demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

PORVENIR S.A. (Archivo 008), se opuso a las pretensiones presentadas en su contra, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que antes de adoptar su decisión, el demandante recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, además, suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fueron cumplidas las exigencias legales, al suscribir la solicitud de vinculación con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestando en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre.

Indicó que, al momento en que se produjo el acto de traslado, era perfectamente admisible que la información a quienes estaban interesados en vincularse al RAIS se suministrara de forma verbal, sin que por ello pueda sostenerse que no fueran completas, transparentes, veraces y oportunas.

Indicó que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no consagra expresamente la ineficacia del traslado de régimen pensional por fallas en la información suministrada al afiliado, toda vez que es de carácter sancionatorio.

III. SENTENCIA APELADA

Evacuadas las etapas procesales pertinentes, la **A quo** dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal conclusión expuso que, al revisar la documental allegada al plenario, especialmente el formulario de traslado de régimen que el demandante suscribió en el año 2000 con Colpatria, debe verificarse cuales eran los requisitos establecidos en la normatividad vigente para esa época, para la validez de ese acto jurídico.

Expuso que, al revisar la documental allegada al expediente, aparece el formulario de traslado de régimen firmado por el demandante, y que tiene fecha del 13 de septiembre del 2000 con Colpatria, debiendo analizar el presente asunto a la luz de lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1452 de 2019.

Resaltó que en ninguno de los hechos de la demanda se indica que cuando el demandante se trasladó de régimen a Colpatria no recibió la información y por el contrario se hace alusión única y exclusivamente al traslado hecho con la AFP Santander como si este fuera el traslado inicial, sin embargo,

conforme la impresión de la página de Asofondos y la documental arrimada al plenario, el traslado inicial de régimen del demandante fue con Colpatria y no con Santander.

Precisó que, en este caso, es claro que el traslado de régimen fue con Colpatria y no con Santander, ahora, en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, este hace alusión a lo acaecido en mayo del 2001, siendo claro que no solo firmó el formulario de traslado de fondo con Santander, sino que previamente había firmado el traslado con Colpatria y este documento que no fue tachado de falso ni fue desconocido su contenido, además, en dicha diligencia el demandante solamente manifiesta recordar ciertas cosas, y frente a preguntas puntuales como si realizó aportes voluntarios contestó que no, pero con la documental allegada se evidencia que sí fueron realizados.

Dijo, que al demandante si se le había suministrado la información, pues tal y como lo expuso la Procuraduría, se evidencia un aumento “desmesurado” del salario del demandante para efectos de cotización en los últimos 10 años, pues este pasó de un millón en el año 2011 a más de 10 millones para el año 2020, lo que evidencia un conocimiento que el demandante tenía de su situación pensional y de cómo se iba a liquidar su mesada pensional, circunstancia que denota un conocimiento de las implicaciones pensionales.

Indicó que frente a Colpatria no se realiza ninguna negación indefinida en los hechos de la demanda, que indique que esta AFP en el momento del traslado de régimen no hubiera suministrado al demandante información clara, completa y comprensible que le permitiera entender las características del traslado de régimen por lo que al no partirse de una negación indefinida al desconocerse e ignorarse en los hechos de la demanda y pasarse por alto que el demandante estuvo primero en Colpatria, no se puede pretender que a esta AFP le

corresponde la carga de la prueba, pues no hay ninguna negación indefinida en los hechos de la demanda que haga alusión a Colpatria y por lo tanto de las pruebas allegadas al plenario es claro que el demandante sabía y conocía las características del RAIS, que conocía que tenía íntima relación lo ahorrado en la cuenta con el valor de la mesada pensional, ello conforme la respuesta que dio a la pregunta 12 de su interrogatorio de parte donde dijo que su meta era obtener la pensión de acuerdo con lo que había ahorrado todos los años de su vida, por lo que es claro que sí sabía que la pensión se conformaba con el ahorro.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE ACTORA

En síntesis, indicó que, si bien es cierto con las documentales allegadas se acreditó que el primer traslado del demandante se dio en el año 2000 a la AFP Colpatria y como se acreditó con la historia laboral en el 2001 se hicieron aportes al RAIS, los cuales se efectuaron a Horizonte, sin embargo no existen aportes a Colpatria que se evidencien en la historia laboral, por lo que en realidad el primer traslado se dio a Horizonte y posteriormente paso a Porvenir S.A., además ese traslado a Horizonte debe ser estudiado como un traslado de régimen, pues en dicho momento se consolidó el traslado con el primer aporte, máxime cuando Colpatria fue absorbido o fusionado por Horizonte y así se debe tener como el primer traslado.

Expuso que los aportes voluntarios fueron hechos por la empresa y estos no fueron significativos, pues como se desprende del certificado del fondo privado los aportes fueron "insignificantes", lo que indica que no fueron voluntarios y corresponden a un error en las cotizaciones, en las que se pagó de más al fondo y este los tomo como aportes voluntarios, sin

embargo, esto no demuestra que el demandante conozca el sistema pensional o para que sirven los aportes voluntarios, no siendo esto prueba suficiente, pues si la intención hubiera sido mejorar su pensión los aportes voluntarios hubieran sido constantes y significativos y hubieran sido hechos por sí mismo, lo que en efecto sí sabía cómo funciona el RAIS, pero ello no es así máxime cuando la empresa fue la que efectuó esos pequeños aportes, además el aumento del salario no debe interpretarse como se hizo en la sentencia, ya que como dueño tiene las facultades para hacerlo y recibir las ganancias de su empresa siempre que se cotice conforme a la Ley 100 de 1993.

Adujo que, de aceptarse que el demandante tenía conocimiento relacionado con las normas laborales y de seguridad social en la empresa, este conocimiento se limitó al monto en que se debían descontar los salarios en la empresa.

Dijo que, el hecho que el demandante en su calidad de gerente solicitara a una AFP que se acercara a su empresa no significa que él tuviera conocimiento de su situación pensional, ya que para el año 2000 y 2001 era una práctica generalizada por todas las empresas, pues la migración a los fondos privados era una constante, así como que se dijera por los promotores de las AFP que estas eran mejor o que Colpensiones se iba a terminar, siendo esta una situación común; igualmente, conforme lo afirmado por los testigos, la empresa solo hizo el llamado a las AFP para que estas fueran, sin que esto quiera decir que fueron obligadas, ya que fue la promotora quien sugirió que se afiliara, sin que un simple llamado a una AFP para que envié a sus promotores diga algo en cuanto a la información que tenía el demandante.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, por auto del 21 de julio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y

31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un

procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado (...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta

entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) Posteriormente, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo lo siguiente:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal

dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RMPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 21/01/1985 (Fl. 45); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 28/03/2001 a través de la A.F.P COLPATRIA (hoy Porvenir S.A.) (fl. 30); **iii)** posteriormente se trasladó a AFP SANTANDER -hoy PROTECCIÓN SA y **iv)** y solicitó retornar nuevamente al RPM el 12 de febrero de 2020.

En el plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió en el 2001 con Horizonte hoy Porvenir S.A., , el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los*

formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Porvenir S.A. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 08 de febrero del 1999, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

Ahora, no resulta acertado el argumento expuesto por el *a quo* frente a los traslados horizontales realizados entre administradoras del RAIS, pues, si bien la accionante se trasladó entre varias Administradoras de Fondos de Pensiones ello no sana el traslado de régimen pues la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, tal y como se dijo en la pluricitada sentencia SL 1688-2019.

De otro lado, debe precisar esta Sala de Decisión, que no obra medio de prueba alguno que dé por demostrado el deber de información al que están sujetas las AFP, pues la información suficiente que debió arrimar no se acredita ni con los documentos arrimados al plenario, ni con el interrogatorio de

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

parte rendido por el accionante, del que una vez analizado no puede desprenderse en forma alguna confesión que lo perjudique pues no demuestran que conociera de las características propias del RAIS o del RPM.

Por lo antes expuesto, y al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales,

particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Es por ello que la Sala no encuentra acierto en la decisión del *A Quo*, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado del señor Arnulfo Escobar Campos del régimen solidario

de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte y como consecuencia de ello, también ha de declararse ineficaz el traslado efectuado posteriormente efectuado dentro del mismo régimen.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por la AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán

asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

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

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

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

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

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a las **AFP PORVENIR S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Pulido Rodríguez.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por

corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, considera esta Sala necesario exhortar al Juez de primer grado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de las **AFP PORVENIR S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**, por ser vencidas en juicio, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de

Colpensiones, pues a juicio de la Sala, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas y como consecuencia de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

- 1.1. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de Arnulfo Escobar Campos del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el día 28 de marzo de 2001, así como el traslado posterior a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.
- 1.2. CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**, que procedan a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Arnulfo Escobar

Campos y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

1.3. ORDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal 1.2 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Arnulfo Escobar Campos al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

1.4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO.- EXHORTAR al (a) Juez de conocimiento para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

TERCERO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada **AFP PORVENIR S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

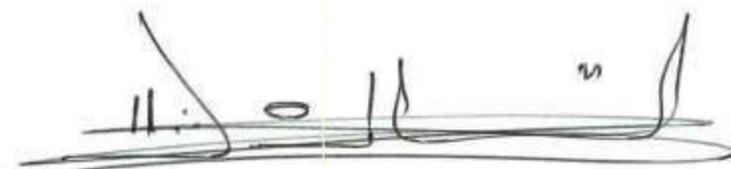
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310503320190018001

Demandante: **JOSÉ ALIRIO CALDERÓN OLAYA**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) BELCY BAUTISTA FONSECA, identificado (a) con C.C. No. 1.020.748.898 y T.P. No. 205.907 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) del DEMANDANTE, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario

laboral que **JOSÉ ALIRIO CALDERÓN OLAYA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se condene a Colpensiones al pago de la pensión de vejez de alto riesgo, por el monto máximo, a partir del 2 de octubre de 2009, conforme el artículo 15 del Decreto 758 de 1990; así mismo, se ordene a Colpensiones a conmutar la actual pensión ordinaria de vejez que recibe por una por actividad de alto riesgo.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la indexación y reliquidación del IBL, el pago del retroactivo correspondiente, las mesadas adicionales y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta:

1) Nació el 02 de octubre de 1954; **2)** Laboró como minero de carbón, en actividad de alto riesgo durante más de 41 años, entre 1974 y 2015; **3)** A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, ya laboraba en actividad de alto riesgo como minero de carbón y para ese momento tenía más de 150 semanas cotizadas al ISS; **4)** En su historia laboral aparece que cotizó más de 1751 semanas y en esta se evidencia que laboró en actividad minera de alto riesgo entre noviembre de 1974 y julio de 1994; **5)** Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaba cobijado por el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990; **6)** Siempre estuvo

amparado por las normas especiales en razón al trabajo riesgoso que realizaba; **7)** Para el 2 de octubre de 2009 contaba con 55 años y más de 1373 semanas cotizadas, todas laboradas en actividades de alto riesgo; **8)** Solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por alto riesgo el 24 de septiembre de 2007 con radicado 278162; **9)** El 6 de mayo de 2015 radica una nueva petición de pensión de vejez por alto riesgo bajo el radicado 2015_3995391; **10)** El 1 de junio de 2015, Colpensiones expidió la Resolución GNR 161498, reconociendo y ordenando el pago de una pensión ordinaria de vejez, a partir de junio de 2015; **11)** Posteriormente se emite la Resolución VPB 62092 del 18 de septiembre de 2015, modificando el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 14 de mayo de 2015; **12)** Luego, Colpensiones emite la Resolución DIR 11603 del 25 de julio de 2017, ordenando la reliquidación de la pensión a partir del 9 de mayo de 2015; **13)** Su ingreso base de cotización fue variable durante toda su vida laboral y superior a dos salarios mínimos en varios periodos; **14)** Solicitó su pensión especial de vejez desde el 24 de septiembre de 2007, pues para ese momento contaba con la densidad de semanas y edad mínima para pensionarse; **15)** Debieron haberse cotizado, por parte de sus empleadores, los aportes adicionales entre 1994 y 2015, los cuales no se ven reflejados en la liquidación de su mesada pensional; **16)** Fueron allegadas a Colpensiones las certificaciones laborales que dan cuenta de las actividades bajo tierra y de alto riesgo que ejecutó en cada empresa; **17)** A Colpensiones le consta que ejecutó actividades de alto riesgo antes de 1994 y después de ese año hasta mayo de 2015.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 52 a 65), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y prescripción.

Expuso que al accionante no le asiste ningún fundamento fáctico ni jurídico para el reclamo de sus pretensiones por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990, pues, si bien Colpensiones le reconoció una pensión en aplicación del régimen de transición, este no es aplicable en el caso de las pensiones de alto riesgo, pues dichas semanas son tradicionales y no fueron cotizadas con los porcentajes adicionales contemplados en los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003.

Indicó que, en el caso concreto, el demandante nació el 2 de octubre de 1954 y cuenta con un total de 1749 semanas cotizadas a corte 30 de abril de 2015, de las cuales solo 668 fueron cotizadas con los porcentajes adicionales.

Adujo que el demandante, por ser beneficiario del régimen de transición, cumplió los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, razón por la cual, Colpensiones mediante Resolución 161948 del 1° de junio de 2015 le reconoció la pensión de vejez.

Expuso que, del estudio realizado por esa entidad, el actor no acredita el número mínimo de semanas cotizadas con los porcentajes especiales que establecieron los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003, para ser reconocida la pensión por alto riesgo; lo anterior como quiera que, si bien la sociedad Inversiones Pinzón Martínez expidió una certificación de fecha 6 de abril de 2015 en la cual se asegura que el demandante laboró entre el 28 de febrero de 1990 y el 21 de enero de 1992 y el 8 de julio de 1992 y el 31 de julio de 2003 como picador, en su historia laboral sólo se reflejan 668 semanas cotizadas a alto riesgo, y con anterioridad a dicha certificación no se tiene conocimiento

de la actividad desempeñada por el señor Calderón Olaya y si las mismas eran actividades de alto riesgo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de noviembre de 2020, en la que dictó sentencia **absolutoria**.

Para arribar a tal decisión, en síntesis indicó que, como fundamentos normativos tendría en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1281 de 1994 y el 758 de 1990, así como el 2090 de 2003, y las sentencias C-663 de 2007 de la Corte Constitucional, la SL 38167 del 7 de mayo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral y la SL 1353 de 2019.

Expuso que ha dicho la Corte Suprema de Justicia, frente al régimen de transición en actividades especiales, que este se encuentra en el artículo 8 del Decreto 1281 de 1994 y que conforme el entendimiento dado por dicha Corporación es que el régimen anterior es el previsto en el Decreto 758 de 1990, adicionalmente, dijo, para ser beneficiario de dicha prerrogativa, para el 23 de junio de 1994, fecha en la que entró a regir esta disposición, el hombre debía tener mínimo 40 años y la mujer 35.

Expuso que, del material probatorio allegado al proceso, fue allegada una Resolución del 1° de junio de 2015 en la que se negó la solicitud de pensión especial de vejez por alto riesgo, pero se reconoció la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990 y entonces se refirió que, en esa oportunidad se agotó la vía administrativa para la pensión especial, la cual se resolvió el 15 de junio del 2015 y con las Resolución 11603 del 25 de julio de 2017 en la que se ordenó la reliquidación de la mesada pensional bajo el régimen de transición del Acuerdo 049 de 1990, también fueron allegados desprendibles de nómina de 2007, reportes de semanas cotizadas, certificaciones laborales emitidas por el

Código Único de Identificación: 11001310503320190018001

Demandante: **JOSÉ ALIRIO CALDERÓN OLAYA**

Demandado: **COLPENSIONES**

empleador Inversiones Martínez en la que se consigna que el demandante trabajó desempeñándose en el cargo de picador desde el 28/02/1980 hasta 1992 y desde el 1° de julio de 1992 hasta el 31 de julio de 2003.

Conforme lo anterior, concluyó que, analizada la historia pensional del demandante se tiene que al 23 de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, el demandante contaba con 39 años y 15 años de servicios, con lo que sí le era aplicable la disposición prevista en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990 por vía transicional, pues, conforme el material probatorio allegado se constató que el demandante se desempeñó durante toda su vida laboral en actividades propias de minería, entre otros, en el cargo de picador, y como quiera que la actividad de minería es una de las catalogadas por la ley como de alto riesgo, no le era dable exigir el cumplimiento de requisitos adicionales, bastando la certificación para contabilizarla en la historia laboral, verificando que en esos periodos no se realizaron las cotizaciones por parte del empleador en actividad de alto riesgo, contando así con las semanas de cotización a que refiere la normatividad del Decreto 1281 de 1994.

Adujo que el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que cumplió 60 años el 26 de octubre de 2014, momento en el cual contaba con 1700 semanas de cotización, de las cuales, el mayor porcentaje correspondía a actividades de alto riesgo, además, consta en el plenario que le fue reconocida una pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990 desde el 9 de mayo de 2015 con una tasa de reemplazo del 90% con un IBL de \$1.292.998 pesos, lo que le arrojó una mesada de \$1.163.698 pesos conforme la Resolución DIR 11603 del 25 de julio de 2017, la cual tiene en cuenta una reliquidación de la mesada pensional.

Expuso que, si bien el demandante indica que solicitó la pensión de alto riesgo el 24 de septiembre de 2007 bajo el radicado 278162, no obra dentro del plenario elemento probatorio que demuestre que la parte accionante solicitó con anterioridad al 2015 la pensión de vejez por alto riesgo, pues se demostró que ésta sólo se pidió el 6 de mayo de 2015 y considera que, de la colilla de radicación del 24 de septiembre de 2007 no se puede concluir que dicha prestación se haya solicitado en esa data, ya que no se allegó documento alguno del que se pueda inferir que se pidió el reconocimiento de la pensión de vejez por actividad de alto riesgo.

Indicó que no se observa negligencia atribuible a Colpensiones pues, si bien desconoció el derecho a una pensión de vejez por alto riesgo, reconoció una pensión de vejez con los parámetros más favorables y causada con efectividad a partir de la fecha de desvinculación del actor del sistema general de pensiones, tal y como ocurriría con la pensión por alto riesgo, situación que acaeció hasta mayo de 2015, atendiendo la solicitud pensional efectuada por el demandante.

Aclaró que, si bien el demandante cumplía con los requisitos para ser beneficiario de la pensión por alto riesgo, conforme la jurisprudencia, para ello se requiere la acreditación de retiro del sistema, la cual, sólo surgió hasta el año 2015 con la reclamación administrativa con la que solicitó la pensión de vejez.

De otro lado, indicó que la pensión de vejez reconocida al demandante le resulta más favorable que la que se le hubiera reconocido por alto riesgo, pues, conforme las semanas de cotización que fueron 1700, de accederse a dicha prestación el IBL sería del 78% y como quiera que las cotizaciones estuvieron atadas al salario mínimo mensual legal vigente, dicha mesada sería del salario mínimo mensual vigente, suma que resulta inferior a la reconocida por Colpensiones por pensión de vejez.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

DEMANDANTE

Expuso que están demostradas las condiciones jurídicas y fácticas para que el demandante acceda a la pensión especial por alto riesgo, pues, en este caso, no se tomó en cuenta que la carga de la prueba está dirigida a la demandada por ser ella quien administra la historia laboral del actor, así como los documentos que deben soportar las afiliaciones al sistema pensional, demostrándose que el desorden administrativo de la entidad perjudica los derechos del accionante.

Indico que no se tomó en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 8 del Decreto 281 de 1994, y así este se desconociera, el señor Calderón Olaya es beneficiario de la pensión por alto riesgo de que trata el Decreto 2090 de 2003.

Adujo que, al desconocerse lo anterior, Colpensiones se enriquece sin justa causa, pues para la pensión ordinaria de vejez no se tuvieron en cuenta los aportes adicionales por alto riesgo que se hicieron en favor del demandante, ya que estos se hicieron para que le fuera reconocida la pensión por alto riesgo.

Precisó que al accionante se le está vulnerando su derecho fundamental a la seguridad social y al habeas data, por cuanto cualquier inexactitud en su historia laboral y en las semanas cotizadas por alto riesgo, por lo que debe primar la realidad sobre las formas y reconstruirse el expediente administrativo, conforme las sentencias de la Corte Constitucional T-107 de 2018 y T-013 de 2020.

Expuso que la demandada debió garantizar al actor la confiabilidad, exactitud y veracidad de los datos reportados en la historia laboral, teniendo en cuenta las consecuencias que se

pueden generar para el afiliado, que son responsabilidad de la entidad, pues esta debe velar por asegurar el derecho a la pensión.

Finalmente, dijo, no se tomó en cuenta que a la demandada le asiste la obligación de unificar el estado de las afiliaciones, para lo cual cuenta con las facultades oficiosas de investigar, fiscalizar y establecer la veracidad de la información del trabajador y empleador, así como exigirle a este último lo correspondiente, por ejemplo, la demandada tiene la obligación y deber de verificar oficiosamente que los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993 se cumplan.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las mismas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si el demandante cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez

por actividades de alto riesgo y, de ser ello procedente, si esta prestación puede conmutarse por la pensión de vejez que le reconoció Colpensiones mediante Resolución GNR 161498 del 01/06/2015.

DE LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

Sea lo primero señalar que la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo es propia del régimen de prima media con prestación definida y a esta tienen derecho aquellos trabajadores cuya salud se ve comprometida al desarrollar aquellas actividades consideradas de alto riesgo que se encuentran expresamente contempladas por el legislador, previo el cumplimiento de los requisitos dispuestos para ello.

Al punto el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, disponía:

“Artículo 15. Pensiones de vejez especiales. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

- a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,
- d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas. (...)”

Posteriormente, se promulgó el Decreto 1281 de 1994, por el cual se reglamentaban las actividades de alto riesgo, considerando, en su artículo 1º, como una de tales actividades los *“trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o subterráneos.”*, y estableciendo, en el artículo 8, lo pertinente frente al régimen de transición para acceder a la pensión especial de vejez, así:

“Artículo 8. Régimen de transición para acceder a la pensión especial de vejez. La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.”

Dicha norma fue derogada por el Decreto 2090 de 2003, bajo la pretensión de unificar el régimen de trabajadores de alto riesgo, incluyendo a los trabajadores del sector público y privado en una normativa conjunta y estableció, en el numeral 1° del artículo 2, que es considerada actividad de alto riesgo los *“trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos”*.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para acceder a la mentada prestación, el Decreto 2090 de 2003, en su artículo 3 dispuso que los afiliados al régimen de prima media, que se dedicasen en forma permanente al ejercicio de las actividades consideradas como de alto riesgo y efectúen cotizaciones especiales durante por lo menos 700 semanas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo 4 ibidem, esto es, haber cumplido 55 años, edad que se disminuye en 1 año por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las mínimas requeridas sin que pueda ser inferior a 50 años, y haber cotizado el número mínimo de semanas establecido por el sistema general de seguridad social en pensiones al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Dicha norma, además, consagró un régimen de transición, así:

“Artículo 6. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de

semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

(...)

Artículo 8. Límite del régimen especial. El régimen de pensiones especiales para las actividades de alto riesgo previstas en este decreto, solo cubrirá a los trabajadores vinculados a las mismas hasta el 31 de diciembre del año 2014. (...)"

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) El demandante José Alirio Calderón Olaya nació el 02 de octubre de 1954 (fl. 29);
- ii) Laboró en Inversiones Pinzón Martínez S.A. del 28/02/1990 al 21/01/1992 en el cargo de "Picador" y del 08/07/1992 al 31/07/2003 en el cargo de "*Picador y/o act mineras*" (fl. 44 a 47);
- iii) En el documento denominado "Información Ocupacional con descripción de la exposición ocupacional", se indican los factores a los que se encontraba expuesto el trabajador (fls. 45 a 47);
- iv) Cotizó al ISS hoy Colpensiones 1765.29 semanas, de manera discontinua, en el período comprendido del 09/11/1974 al 31/05/2015 (fl. 75 a 86);
- v) Conforme la historia laboral expedida por Colpensiones con corte 28/09/2020, 457.57 semanas fueron cotizadas con tarifa de alto riesgo (fl. 75 a 86);
- vi) Presentó solicitud de pensión de vejez de alto riesgo el 06/05/2015 (fls. 31 a 37);

- vii) Mediante Resolución GNR 161498 del 01 de junio de 2015, se le negó la pensión de vejez especial por alto riesgo y se le reconoció una pensión de vejez a partir del 1° de junio del 2015 en cuantía de \$1.140.270 (fl. 15 a 20);
- viii) Mediante Resolución DIR 11603 del 25 de julio de 2017 se reliquidó la pensión de vejez a partir del 9 de mayo de 2015 en cuantía de \$1.163.698 para esa anualidad (fl. 22 a 28).

Así las cosas, estudiadas de manera minuciosa las pruebas arrojadas al plenario, con la documental allegada a folios 45 a 47, el demandante acreditó haber laborado en trabajos de minería con prestación del servicio en socavones o subterráneos por los periodos comprendidos del 28 de febrero de 1990 al 21 de enero de 1992 y del 8 de julio de 1992 al 31 de julio del 2003, pues las funciones de los cargos ejercidos por el actor y que allí se describen evidencian labores al interior de una mina de carbón, adicionalmente, conforme la certificación de folio 44 la sociedad Inversiones Pinzón Martínez S.A. indicó que le cotizó “según la clasificación definida por la Ley 100 de 1993, con los puntos adicionales al fondo de pensiones como trabajador de alto riesgo.”

Conforme lo antes indicado, se tiene que durante los periodos antes referidos, al señor Calderón Olaya debió habersele efectuado las cotizaciones con los puntos adicionales señalados por los Decretos 2090 de 2003 y en su momento el Decreto 1281 de 1994, situación que no acaeció, pues conforme la historia laboral con corte a 28 de septiembre del 2020, visible a folios 75 a 94, sólo a partir del año 1995 le fueron cotizados algunos periodos con la anotación “cotización de alto riesgo”.

Por ello, al determinar la norma de manera clara que los puntos adicionales le corresponde cotizarlos al empleador, no puede trasladársele al trabajador esa carga, especialmente cuando le corresponde a la administradora de pensiones ejercer

Código Único de Identificación: 11001310503320190018001

Demandante: **JOSÉ ALIRIO CALDERÓN OLAYA**

Demandado: **COLPENSIONES**

las facultades legales de cobro de aportes consagradas en la Ley 100 de 1993 artículos 23 y 24, para que el afiliado no se vea afectado por la mora de su empleador, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con rad. 32384 del 2008, SL 4616 de 2016, SL 19565 de 2017 y SL 2728 de 2018.

Corolario de lo anterior, ha de concluirse que del 28 de febrero de 1990 al 21 de enero de 1992 y del 8 de julio de 1992 al 31 de julio del 2003, el empleador del señor José Alirio Calderón Olaya para dichas fechas, esto es Inversiones Pinzón Martínez S.A., debió haber efectuado las cotizaciones especiales por actividad de alto riesgo.

Ahora, al revisar la Resolución GNR 161498 del 01/06/2015 (fls. 15 a 20), se evidencia que Colpensiones tiene en cuenta los siguientes periodos como cotizaciones especiales:

Demandante: **JOSÉ ALIRIO CALDERÓN OLAYA**Demandado: **COLPENSIONES**

900138597	COMPAVIA MINERA JC LTDA	200802 200803 200804 200805 200806 200807 200808 200809 200810 200811 200812 200901 200902 200903 200904 200905 200906 200907 200908 200909 200910 200911 200912	Cotización Alto Riesgo (23 ciclos)
860045623	INVERSIONES PINZON MARTINEZ LTDA	199502 199503 199505 199506 199507 199508 199510 199512 199601 199602 199603 199604 199605 199606 199607 199703 199704 199705 199706 199709 199710 199711 199801 199802 199803 199804 199805 199806 199807 199808 199809 199810 199811 199812 199901 199902 199903 199904 199905 199906 199907 199908 199909 199910 199911 200001 200002 200003 200004 200005 200006 200008 200009 200010 200011 200012 200101 200102 200103 200104 200105 200106 200107 200108 200110 200111 200112 200201 200202 200203 200204 200205 200206 200207 200209 200210 200211 200212 200301 200303 200304 200305 200306 200307	Cotización Alto Riesgo (84 ciclos)
832010019	COLUMBIA COAL COMPANY S.A.	201005 201006 201008 201009 201010 201011 201012 201101 201102 201103 201104 201105 201106 201107 201108 201109 201110 201111 201112 201201 201202 201203 201204 201205 201206 201207 201208 201209 201210 201211 201212 201301 201302 201303 201304 201305 201306 201307 201308 201309 201310 201311 201312 201401 201402 201403 201404 201405 201406 201407 201408 201409 201410 201411 201412 201501 201502 201503	Cotización Alto Riesgo (58 ciclos)
11345805	CARLOS ARTURO GARNICA PINZON	200503 200508	Cotización Alto Riesgo (2 ciclos)

En dicho acto administrativo se evidencia que se tuvieron en cuenta los períodos indicados en la certificación tantas veces mencionada (fl. 44 a 47) desde el mes de febrero de 1995 hasta el mes de julio del 2003, sin embargo, allí no se ven reflejados los períodos laborados con anterioridad a febrero de 1995. Al respecto, en dicha Resolución Colpensiones indicó: “Es de indicarle que con respecto a las cotizaciones comprendidas para los períodos de los años de 1967 a 1994 (tiempos tradicionales), no es posible determinar las cotizaciones de alto riesgo¹”.

Sin embargo, tal y como en antecedencia se expuso, ello no es óbice para trasladarle al trabajador la carga que tenía Colpensiones o en su momento el ISS de haber cobrado al empleador moroso el cumplimiento de sus obligaciones o de tener

¹ Ver folio 16 del expediente.

Código Único de Identificación: 11001310503320190018001

Demandante: **JOSÉ ALIRIO CALDERÓN OLAYA**

Demandado: **COLPENSIONES**

unificada la historia laboral del mismo, por lo que a las semanas antes referidas, deberán sumársele aquellas comprendidas entre el 28 de febrero de 1990 al 21 de enero de 1992 y del 8 de julio de 1992 al 31 de enero de 1995, lo que nos arroja un total de 235.3 semanas cotizadas por actividades de alto riesgo.

Así las cosas, a las 668 semanas que aduce Colpensiones tiene el demandante cotizadas por actividades de alto riesgo, conforme lo dicho en la Resolución GNR 161498 del 2015, deben sumársele las 235.3 semanas antes referidas, por lo que el señor Calderón Olaya cuenta con un total de **903.3** semanas cotizadas por actividades de alto riesgo.

Dicho lo anterior, ha de establecerse la norma aplicable para el reconocimiento de la prestación deprecada por el actor, siendo la norma vigente para este tipo de pensiones el **Decreto 2090 de 2003**, sin embargo, el accionante en su recurso, argumenta que es beneficiario del régimen de transición, por lo que debe analizarse si lo cumple y de ser ello procedente, aplicar la norma anterior.

El artículo 6 del citado Decreto contiene un régimen de transición que exige, para el 28 de julio del 2003 - fecha de entrada en vigencia de esta norma - haber cotizado por lo menos 500 semanas de cotización especial, cumplir el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión y además, los requisitos consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que así, le sea reconocida la pensión especial en las mismas condiciones establecidas en el Decreto 1281 de 1994.

Descendiendo al caso particular, se observa que, para el 28 de julio del 2003 el demandante:

- i) Contaba con las 500 semanas de cotización especial,

- ii) Para el 1° de abril de 1994 contaba con 39 años 5 meses y 27 días, pues nació el 2 de octubre de 1954 (fl. 29) y había cotizado 791.96 semanas (fl. 75 a 86), cumpliendo con el requisito de tiempo de cotización contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993,
- iii) Cuenta con 1.765,29 semanas cotizadas, reuniendo las semanas mínimas contempladas en la Ley 797 de 2003 (fl. 75 a 86).

Así las cosas, el demandante reúne los requisitos dispuestos en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, siendo beneficiario del régimen de transición, por lo que resulta procedente aplicar la norma anterior, esto es, el **Decreto 1281 de 1994**, norma que también contempla un régimen de transición en su artículo 8, siendo necesario verificar si el actor cumple con sus requisitos para determinar la norma aplicable a su pretensión pensional.

Esta transición exige, para el 23 de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, tener 40 años de edad, en el caso de los hombres o 15 años o más de servicios cotizados, cumpliendo el demandante con el requisito de tiempo de cotización pues, si bien para dicha data contaba con 39 años, también contaba con más de 750 semanas de cotización al tener 798.83 semanas cotizadas.

Es por ello que, la norma aplicable para el estudio de la pensión del actor resulta ser el Acuerdo 049 de 1990, cuyo artículo 15 regula lo pertinente a las pensiones especiales de vejez, señalando, en su literal a), como beneficiarios de las mismas a los "trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea", tal y como acontece con el demandante, como arriba se dijo; esta norma establece como beneficio la disminución de un (1) año de edad por cada 50 semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras 750 semanas cotizadas en la actividad de alto riesgo,

partiendo de la edad mínima para obtener la pensión que, según este Acuerdo es de 60 años.

Entonces, se tiene que el demandante cumpliría 60 años de edad el día 02 de octubre de 2014, teniendo en cuenta que nació el mismo día y mes del año 1954, como lo acredita su documento de identidad arrimado en fotocopia y visible a folio 29 del plenario.

Ahora bien, como quiera que el actor acredita 15 años de servicios a la entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, dado que para esa data (23 de junio de 1994), había cotizado un total de 798.83, conforme al reporte de semanas de cotización que obra a folios 75 a 86 del expediente, le asistía el derecho a la aplicación del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990.

En el caso bajo estudio, tal y como se explicó en apartes anteriores de esta providencia, el señor Calderón Olaya cuenta con un total de 903.3 semanas cotizadas por actividades de alto riesgo, por lo que, en aplicación del citado artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 debe disminuirsele un año por cada 50 semanas posteriores a las primeras 750 semanas.

En tal sentido, tiene 150 semanas posteriores cotizadas en actividades de alto riesgo, por lo que tiene derecho a que se le disminuyan 3 años a la edad de pensión, esto es, adquirió el derecho a pensionarse a los 57 años, los cuales cumplió el 2 de octubre de 2011, fecha esta de causación del derecho pensional.

En cuanto a la fecha de efectividad de la prestación, es de anotar que, conforme a la pluricitada historia laboral del actor (fls. 75 a 86), este efectuó cotizaciones hasta el mes de mayo del 2015 y por tanto, en aplicación al artículo 13 del Decreto 758 de 1990, su derecho pensional se haría efectivo a partir de la fecha de desafiliación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, tal y como lo expuso el *a quo*.

No obstante lo anterior, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se han admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación del sistema para el disfrute de la pensión reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, la sentencia SL 6159 de 2016 Rad. 44987, dijo:

“Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación del sistema para disfrutar de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, y es el evento en el que el afiliado no obstante haber causado la prestación por reunir requisitos de edad y tiempo de servicios, y solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto apremiado a seguir cotizando frente a la actitud renuente de la administradora de pensiones a reconocer el derecho *vr. gr.* alegando déficit de aportes (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; y CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798). Igualmente, cuando del comportamiento del afiliado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016).

Naturalmente, esas circunstancias deben aparecer demostradas en el proceso por la parte interesada, y en el *sub lite*, en cuanto se está en el estadio de la casación, debió argumentarlo el recurrente por la vía adecuada y con fundamento en prueba apta, lo que aquí no ocurrió.

Lo que encontró demostrado el Tribunal y que se entiende admitido por la impugnación dada la vía jurídica de los ataques, es que el demandante cotizó hasta el ciclo febrero 2002 y pasó novedad de desafiliación a partir del mes de marzo de ese año, data a partir de la cual el Instituto concedió el disfrute de la pensión, por lo que el razonamiento del juzgador *Ad quem*, en el sentido que con anterioridad a esa fecha el pensionado no podía disfrutar de la prestación, luce acorde con la normativa que regula el tema para las pensiones gobernadas por el Acuerdo 049 de 1990.

Sugiere el censor que la circunstancia de haber cotizado el actor después de la causación del derecho, existiendo previamente a esta fecha una novedad de retiro en el mes de septiembre de 1998, hacía que los aportes vertidos en esas circunstancias fueran ineficaces.

No comparte la Sala ese criterio, porque la ley tanto en el régimen de los seguros sociales obligatorios como en el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, establece un mínimo de cotizaciones para adquirir el derecho a la pensión de vejez; pero deja abierta la posibilidad de que el asegurado continúe cotizando para incrementar el monto de la prestación, e incluso el ingreso base de liquidación

previendo el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 que para la liquidación del derecho de vejez «se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por ese riesgo». Y como se precisó líneas atrás, no se demostró en esta sede extraordinaria, que el demandante hubiera sido compelido a seguir cotizando por una renuencia del Instituto a reconocer la pensión.»

Así las cosas, debe anotar esta Sala de Decisión que, si bien se dijo que el actor adquirió el derecho a pensionarse a los 57 años, esto es para el 02 de octubre de 2011 y para esta data cumplía con los requisitos de semanas establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto es un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o acreditar 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo, lo cierto es que antes del 2 de octubre del 2011 o del 06 de mayo del 2015 el actor no efectuó ningún acto tendiente a demostrar que solicitó o realizó trámite alguno ante la demandada para obtener el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo o su intención de desafiliarse del sistema, o por lo menos ello no fue demostrado en el plenario. Frente al punto concreto debe decirse que la documental de *folio 30* consistente en una tirilla de radicación con número de consecutivo 278162, no tiene la fuerza suficiente para demostrar que en la fecha allí plasmada - 24 de septiembre de 2007 - el accionante solicitara dicha prestación ante Colpensiones, tampoco hay resolución alguna en el plenario de la que se pueda inferir que es respuesta a dicha petición y fue solamente hasta el 06 de mayo del 2015, esto es, ocho años después, que se acredita actividad del demandante tendiente a solicitarle a la entidad de pensiones el reconocimiento y pago de pensión de vejez por actividad de alto riesgo tal y como se observa a folios 31 a 37, con la solicitud elevada en tal sentido, petición que le fue resuelta mediante Resolución GNR 161498 del 1° de junio del 2015 (fls. 15 a 20) en la que se le negó la pensión de vejez especial por alto riesgo, pero se le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de junio de 2015 al tenerlo como beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Conforme lo brevemente expuesto, no resulta preciso afirmar, que Colpensiones indujo en algún tipo de error al demandante para que continuara cotizando para acceder a la prestación pensional, ya que solo hasta el 06 de mayo del 2015, efectuó actos tendientes a demostrar su voluntad de desafiliación del sistema, lo cual, finalmente acaeció el 31 de ese mes y año, por lo que debe concluirse que, con anterioridad a dicha fecha el afiliado no estaba habilitado para *disfrutar* de la prestación, conforme la normativa que regula las pensiones gobernadas por el Acuerdo 049 de 1990, como sucede en el caso del demandante.

De otro lado, pertinente resulta traer a colación la sentencia **SL 5948 del 2016 Rad. 52495**, en donde la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, frente al tema bajo estudio, precisó:

“Al punto, se memora que ya la Sala ha precisado el alcance de la norma bajo estudio, el cual fue acogido por el Tribunal en su sentencia; así en providencia CSJ SL del 6 de jul. 2011, rad. 38558, expuso:

“Vistas así las cosas, la Sala debe comenzar por anotar, que existe una sola <pensión de vejez> en el régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, y conforme a sus reglamentos se tiene derecho a ella, cuando el afiliado reúna los requisitos consagrados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, valga decir, 60 o más años de edad si se es varón, o 55 o más años de edad si se es mujer, y un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Conforme a tales reglamentos, la edad para obtener el derecho a esa pensión de vejez se disminuye para cierta categoría de trabajadores, cuya salud se encuentra comprometida o tienen un desgaste orgánico prematuro, al desempeñar actividades de alto riesgo expresamente contempladas por el legislador, en consideración a las particulares características de los oficios que realizan y de las condiciones en que lo hacen, por su peligrosidad y prolongada exposición; lo que implica poderse pensionar antes de la edad mínima requerida.

A esa prerrogativa para casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, se le ha denominado “Pensiones

de vejez especiales", y está regulada por el artículo 15 del aludido Acuerdo 049 de 1990, que en su parte pertinente reza:

Artículo 15. Pensiones de vejez especiales. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirá en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;

b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;

c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes, y

d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas....". (Resalta la Sala).

Lo anterior significa que se trata de la misma pensión de vejez, solo que, para el contingente de personas que desempeñan estas actividades de alto riesgo, se anticipa la edad para efectos de su reconocimiento, dada la disminución legal establecida en la norma, lo que conlleva a que no sea dable hablar de incompatibilidad de pensiones como equivocadamente lo refiere el fallador de alzada."

Así las cosas, teniendo en cuenta que no se trata de dos pensiones distintas, esto es una pensión por actividades de alto riesgo y una por vejez, sino que es la misma prestación solo que para las personas que desarrollan actividades de alto riesgo se otorga una prerrogativa referente a la disminución de la edad para acceder a la prestación, inane resulta la conmutación entre estas deprecada por el actor.

Finalmente, no obsta indicar que la Resolución GNR 161498 del 1° de junio de 2015 reconoció la pensión de vejez al actor aplicando una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL que le fue más favorable al demandante, siendo este el máximo porcentaje a aplicar a las pensiones de vejez que se reconocen bajo los parámetros del artículo 049 de 1990, tal y como lo dispone el literal b) del título II del artículo 20 de dicha norma.

Código Único de Identificación: 11001310503320190018001

Demandante: **JOSÉ ALIRIO CALDERÓN OLAYA**

Demandado: **COLPENSIONES**

Por lo expuesto anteriormente, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia de primer grado.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de fecha y origen conocidos, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

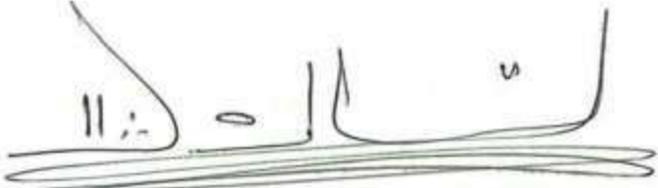
Código Único de Identificación: 11001310503320190018001

Demandante: **JOSÉ ALIRIO CALDERÓN OLAYA**

Demandado: **COLPENSIONES**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00295 -01
Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ** promoviese contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende la nulidad de la Resolución SUB135924 de 2017, a través de la que se le disminuyó su mesada pensional y que se le conserve la

mesada pensional que le fue reconocida mediante la Resolución VPB 904 de 2015. Igualmente, solicita intereses moratorios e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 31 de mayo de 2011 el Juzgado 27 Adjunto de Descongestión Laboral de Bogotá (sic) ordenó el reconocimiento de una pensión de vejez a partir del 28 de febrero de 2008, en cuantía de un salario mínimo; **2)** El 20 de marzo de 2012, el I.S.S., en cumplimiento del fallo, profirió la Resolución 9960 de 2012 a través de la que reconoció la prestación; **3)** El 14 de abril de 2015 mediante Resolución VPB 904 de 2015 ordenó la reliquidación de la pensión, señalando como mesada pensional la suma de \$984.927, teniendo en cuenta las semanas efectivamente cotizadas, y una tasa de reemplazo del 87%; y **4)** El 26 de julio de 2017, mediante la Resolución SUB 135924 de 2017 disminuyó el valor de su mesada pensional.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 61 a 75), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, pago, reclamada, prescripción, cobro de lo no debido, no configuración de intereses moratorios e indexación, compensación, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica.

Expuso que mediante la Resolución 9960 de 2012 se reconoció pensión de vejez a favor de la accionante en cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá; que se reliquidó la pensión a través de la Resolución VPB 904 de 2015; no obstante, se desconoció que la prestación reconocida a través de la Resolución

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

9960 de 2012, lo había sido de conformidad con un fallo judicial, por lo que mediante la Resolución SUB 132924 de 2017 se hizo necesario corregir tal falencia, disminuyendo la mesada a lo que estableció la justicia ordinaria; y que en el anterior proceso, inclusive, se inició proceso ejecutivo, el que finalizó por cumplimiento de la obligación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

Como sustento de su decisión refirió, en síntesis, que operó el fenómeno de la cosa juzgada, dado que el proceso adelantado ante el Juzgado 27 Laboral de Descongestión de Bogotá guarda identidad de partes, objeto y causa; que lo dicho, por cuanto en ambas demandas se discute el reconocimiento de la pensión de vejez, estableciéndose incluso en la primera causa que la prestación se debió reconocer desde el 28 de febrero de 2009, con una mesada equivalente a un salario mínimo; y que si la demandante se encontraba inconforme con la anterior decisión, debió impugnarla o agotar los correspondientes mecanismos de acción en tal proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Expuso que no existe identidad de causa y objeto, como quiera que en proceso anterior únicamente se tuvieron 900 semanas, pero posteriormente se reconocieron 1200 semanas; que las resoluciones proferidas fueron posteriores; que según criterio de la Corte Constitucional la pensión está íntimamente ligada con el derecho a la seguridad social, y que no existe cosa juzgada en pensiones; que las semanas pudieron haber

aumentado con posterioridad, pasando de 900 a 1200 semanas, lo que tuvo Colpensiones al momento de proferir su acto administrativo; que el juez en el anterior caso debió solicitar de oficio las correspondientes pruebas para verificar la situación pensional; que existen hechos nuevos como los actos administrativos posteriores a la demanda inicial; y que lo que se solicitó es el reconocimiento de un monto pensional, frente a lo que no existió un pronunciamiento de fondo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se ordenó correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **el problema jurídico** a resolver, se circunscribe a determinar si en el presente asunto operó el fenómeno de la cosa juzgada; y en caso contrario determinar si hay lugar a reliquidar la pensión de la actora.

COSA JUZGADA.

La cosa juzgada es una institución jurídico-procesal mediante la que se les otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Al respecto, el inciso 1° del artículo 303 del C.G.P. establece:

“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.

En un tenor similar, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha explicado que la fuerza de la cosa juzgada se presenta cuando un nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa de aquél donde se profirió la sentencia inicial, y entre ambos hay identidad jurídica de partes. Lo dicho, conforme a las sentencias del 23 de octubre 2012, Rad. 39366, reiterada el 24 de junio de 2015, Rad. 54726 y en la SL1881-2021:

“Puestas así las cosas, importa previamente recordar que la fuerza de la cosa juzgada --denominada también ‘*res iudicata*’-- se impone por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de las sentencias ejecutoriadas proferidas en procesos contenciosos, cuando quiera que el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto (*eadem res*), se funda en la misma causa que aquél donde se profirió la sentencia (*eadem causa petendi*) y entre ambos hay identidad jurídica de partes (*eadem conditio personarum -- eadem personae*).

Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de ‘*definitividad*’ e ‘*inmutabilidad*’, que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido.

Pero para que la cosa juzgada adquiriera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir, necesariamente y en esencia las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan”.

De esta manera, las sentencias o providencias dictadas en procesos ordinarios laborales debidamente ejecutoriadas, quedan revestidas por la fuerza de la cosa juzgada, esto es, por la imposibilidad de discutir y, mucho menos, enervar sus efectos dentro de un nuevo proceso, con tal suerte que una sentencia judicial en firme no sólo queda amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, sino que además adquiere las características de definitividad e inmutabilidad.

No obstante, lo anterior no quiere decir que cuando en nuevo proceso se alegue la inclusión de nuevos aportes hubiese operado el fenómeno de la cosa juzgada. En efecto, en sentencia SL17466-2014 la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad dijo:

“Ahora bien y como acertadamente lo afirma la parte recurrente y no lo advirtió el sentenciador de segundo grado, la diferencia entre una y otra demanda, radica en la *causa petendi*, toda vez que en el acápite referido a los supuestos fácticos del escrito con el cual se dio inicio al presente asunto (fls. 2 a 9 C. Principal), hace alusión a la existencia de elementos relativos a nuevos aportes al sistema general de pensiones que no fueron tenidos en cuenta en el primer proceso y con los cuales satisface tanto las 500 semanas exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como las 1000 semanas requeridas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aportes que, según su relato, supuestos fácticos diferentes que, *per sé*, hace que la *causa petendi*, no sea igual en ambos procesos, con lo cual fácil es advertir que, contrario a lo concluido por el sentenciador de alzada, en el caso de autos, no están configurados los tres elementos que caracterizan la institución de la cosa juzgada.

Dicho de otra manera, para que prospere la excepción de cosa juzgada, deben concurrir los mismos sujetos, el mismo objeto de las pretensiones y la misma causa que le dio origen a éstas, última característica que no concurre en el caso de autos, pues como se vio, la *causa petendi* en uno y otro proceso varían, y si varía, fácil resulta advertir que no está configurada la excepción

en comento, como claramente lo precisa el artículo 332 del CPC, cuando al efecto dice que:

*(...) la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, **y se funde en la misma causa que el anterior**, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (se resalta)".*

DEL CASO CONCRETO.

En el proceso obra la siguiente documental que ilustra sobre el asunto de marras:

- i)** En historia laboral del 11 de noviembre de 2010 a la accionante únicamente le aparecen cotizadas 948,39 semanas (medio óptico de folio 80).
- ii)** El 31 de mayo de 2011, el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá reconoció pensión de vejez a favor de Luz Stella Cuevas Ortiz de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 28 de febrero de 2009, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; valor que se reconoció dado que conforme a la historia laboral allegada en tal juicio únicamente se encontraban acreditadas 948,39 semanas (fls. 21 a 27).
- iii)** Según la Resolución 09960 del 20 de marzo de 2012, se reconoció pensión de vejez a favor de la actora con fundamento en la Ley 797 de 2003, a partir del 01 de marzo de 2009, y por valor de \$818.315 (fls. 18 a 20).
- iv)** A través de la Resolución VPB 904 del 14 de enero de 2015 se determinó que la accionante era beneficiaria de régimen de transición y del Acuerdo 049 de 1990, y que acumulaba 1209 semanas cotizadas al sector privado, por lo que la mesada pensional al 01 de marzo de 2019 era de \$984.927 (fls. 12 a 17).
- v)** El 28 de julio de 2015 se profirió auto por parte del Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá en el que se libró mandamiento de pago por concepto de las costas

impuestas en la sentencia del 31 de mayo de 2011 por el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá (02. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO- PRUEBAS COLPENSIONES 39 FOLIOS. Pdf obrante en la carpeta 06.Colpensiones allega documentales).

- vi)** Mediante la Resolución SUB 135924 del 15 de julio de 2017 se modificó la mesada pensional de la accionante a partir del 01 de agosto de 2017, y se estableció como valor de esta la suma un salario mínimo. Lo anterior tuvo como fundamento que la pensión de vejez se había reconocido sin tener en cuenta la sentencia del 31 de mayo de 2011, y que esta que debía acatada en su integridad (fls.9 a 11).
- vii)** A través de la Resolución SUB 229252 del 17 de octubre de 2017 se negó la reliquidación de la pensión de vejez y la revocatoria de la Resolución SUB 135924 de 2017 (medio óptico de folio 80).
- viii)** En historia laboral de la demandante al 13 de enero de 2020 se logra evidenciar que acumula 1214,71 semanas cotizadas (fls. 81 a 89).

Pues bien. Del análisis integral de los anteriores documentos a diferencia de lo expuesto por parte de la falladora de la primera instancia, la Sala encuentra que, en el presente caso no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, pues si bien existe **identidad de partes**, dado que la demandante en el proceso que falló el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá el 31 de mayo de 2011 era Luz Stella Cuevas Ortiz, también lo es que **no existe identidad objeto y de causa**, nótese como las pretensiones en este caso giran en torno a la nulidad de la Resolución SUB135924 de 2017, así como se señala que en los hechos de la demanda se hace alusión a actos administrativos posteriores a la sentencia del 31 de mayo de 2011, y de forma especial que se debe conservar la mesada de la Resolución VPB 904 de 2015, valor que es consecuencia de la inclusión de nuevas semanas.

En efecto, en el caso estudiado por el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, la mesada pensional resultante fue de un salario mínimo como consecuencia del estudio de la historia laboral del I.S.S. vigente para la época, el que únicamente registraba 948,39; no obstante, en este proceso lo que se persigue es que se mantenga la mesada pensional de la Resolución VPB 904 de 2015, la que se reitera, tuvo como base 1209 semanas; así las cosas, a luz de la sentencia SL17466-2014, no operó el fenómeno de la cosa juzgada, pues es claro que dentro de las nuevas pretensiones lo que se procura es la inclusión de estos aportes restantes.

Así las cosas, se procederá a reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta la historia laboral más actualizada, esto es, la del 13 de enero de 2020, y el promedio de lo cotizado por ésta durante los últimos diez años, como quiera que no acredita más de 1250 semanas; recuérdese que conforme al inciso 2° del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tan sólo *“cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”*. Así, y conforme las siguientes encontramos lo siguiente:

				Año 1995			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/08/95	31/08/95	29	525.000,00	17.500,00	\$ 507.500,00		
01/09/95	31/08/95	30	525.000,00	17.500,00	\$ 525.000,00		
01/10/95	30/09/95	30	525.000,00	17.500,00	\$ 525.000,00		
01/11/95	31/10/95	30	525.000,00	17.500,00	\$ 525.000,00		
01/12/95	30/11/95	30	525.000,00	17.500,00	\$ 525.000,00		
Total días		149			\$ 2.607.500,00	\$ 17.500,00	\$ 525.000,00

				Año 1996			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	525.000,00	17.500,00	\$ 525.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	525.000,00	17.500,00	\$ 525.000,00		

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

01/03/96	31/03/96	30	810.000,00	27.000,00	\$ 810.000,00		
01/04/96	30/04/96	30	766.333,00	25.544,43	\$ 766.333,00		
01/05/96	31/05/96	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/07/96	31/07/96	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/08/96	31/08/96	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/09/96	30/09/96	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/10/96	31/10/96	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/11/96	30/11/96	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/12/96	31/12/96	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
Total días		360			\$ 7.826.333,00	\$ 21.739,81	\$ 652.194,42

Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/02/97	01/02/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/03/97	02/02/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/04/97	03/02/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/05/97	04/02/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/06/97	05/02/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/07/97	06/02/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/08/97	07/02/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/09/97	08/02/97	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/10/97	09/02/97	3	325.000,00	10.833,33	\$ 32.500,00		
Total días		273			\$ 5.882.500,00	\$ 21.547,62	\$ 646.428,57

Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/07/98	31/07/98	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
01/08/98	31/08/98	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
Total días		180			\$ 4.140.000,00	\$ 23.000,00	\$ 690.000,00

Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
01/02/99	28/02/99	30	765.109,00	25.503,63	\$ 765.109,00		
01/03/99	31/03/99	30	740.073,00	24.669,10	\$ 740.073,00		
01/04/99	30/04/99	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
Total días		120			\$ 2.885.182,00	\$ 24.043,18	\$ 721.295,50

Año 2000							
----------	--	--	--	--	--	--	--

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/02/00	29/02/00	29	500.000,00	16.666,67	\$ 483.333,33		
01/03/00	31/03/00	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/04/00	30/04/00	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/05/00	31/05/00	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/06/00	30/06/00	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/07/00	31/07/00	4	500.000,00	16.666,67	\$ 66.666,67		
Total días		183			\$ 3.050.000,00	\$ 16.666,67	\$ 500.000,00

Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/12/02	31/12/02	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
Total días		30			\$ 400.000,00	\$ 13.333,33	\$ 400.000,00

Año 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/02/03	28/02/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/03/03	31/03/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/04/03	30/04/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/05/03	31/05/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/06/03	30/06/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/07/03	31/07/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/08/03	31/08/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/09/03	30/09/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/10/03	31/10/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/11/03	30/11/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/12/03	31/12/03	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
Total días		360			\$ 4.800.000,00	\$ 13.333,33	\$ 400.000,00

Año 2004							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/04	31/01/04	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/02/04	29/02/04	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/03/04	31/03/04	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/04/04	30/04/04	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/05/04	31/05/04	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/06/04	30/06/04	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/07/04	31/07/04	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/08/04	31/08/04	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/09/04	30/09/04	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/10/04	31/10/04	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/11/04	30/11/04	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/12/04	31/12/04	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

Total días	360		\$ 5.400.000,00	\$ 15.000,00	\$ 450.000,00
------------	-----	--	-----------------	--------------	---------------

				Año 2005			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/05	31/01/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/02/05	28/02/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/03/05	31/03/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/04/05	30/04/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/05/05	31/05/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/06/05	30/06/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/07/05	31/07/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/08/05	31/08/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/09/05	30/09/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/10/05	31/10/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/11/05	30/11/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/12/05	31/12/05	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
Total días		360			\$ 6.000.000,00	\$ 16.666,67	\$ 500.000,00

				Año 2006			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/06	31/01/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/02/06	28/02/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/03/06	31/03/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/04/06	30/04/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/05/06	31/05/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/06/06	30/06/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/07/06	31/07/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/08/06	31/08/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/09/06	30/09/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/10/06	31/10/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/11/06	30/11/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/12/06	31/12/06	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
Total días		360			\$ 6.000.000,00	\$ 16.666,67	\$ 500.000,00

				Año 2007			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	500.000,00	16.666,67	\$ 500.000,00		
01/02/07	28/02/07	25	1.050.000,00	35.000,00	\$ 875.000,00		
01/03/07	31/03/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/04/07	30/04/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/05/07	31/05/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/06/07	30/06/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/07/07	31/07/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/08/07	31/08/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/09/07	30/09/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/10/07	31/10/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/11/07	30/11/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

01/12/07	31/12/07	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
Total días		355			\$ 11.875.000,00	\$ 33.450,70	\$ 1.003.521,13

Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/02/08	29/02/08	30	1.050.000,00	35.000,00	\$ 1.050.000,00		
01/03/08	31/03/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/04/08	30/04/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/05/08	31/05/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/06/08	30/06/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/07/08	31/07/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/08/08	31/08/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/09/08	30/09/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/10/08	31/10/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/11/08	30/11/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/12/08	31/12/08	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
Total días		360			\$ 13.100.000,00	\$ 36.388,89	\$ 1.091.666,67

Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
01/02/09	28/02/09	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,00		
Total días		60			\$ 2.200.000,00	\$ 36.666,67	\$ 1.100.000,00

CÁLCULO PROMEDIO ÚLTIMOS 10 AÑOS							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual
1995	149	18,25	69,80	3,82	\$ 525.000,00	\$ 2.007.945,21	\$ 9.972.794,52
1996	360	21,80	69,80	3,20	\$ 652.194,42	\$ 2.088.218,82	\$ 25.058.625,84
1997	273	26,52	69,80	2,63	\$ 646.428,57	\$ 1.701.384,40	\$ 15.482.598,04
1998	180	31,21	69,80	2,24	\$ 690.000,00	\$ 1.543.159,24	\$ 9.258.955,46
1999	273	36,42	69,80	1,92	\$ 646.428,57	\$ 1.238.899,35	\$ 11.273.984,07
2000	120	39,79	69,80	1,75	\$ 721.295,50	\$ 1.265.303,49	\$ 5.061.213,96
2002	30	43,27	69,80	1,61	\$ 400.000,00	\$ 645.250,75	\$ 645.250,75
2003	360	46,58	69,80	1,50	\$ 400.000,00	\$ 599.398,88	\$ 7.192.786,60
2004	360	49,83	69,80	1,40	\$ 450.000,00	\$ 630.343,17	\$ 7.564.118,00
2005	360	55,99	69,80	1,25	\$ 500.000,00	\$ 623.325,59	\$ 7.479.907,13
2006	360	58,70	69,80	1,19	\$ 500.000,00	\$ 594.548,55	\$ 7.134.582,62
2007	355	61,33	69,80	1,14	\$ 1.003.521,13	\$ 1.142.112,74	\$ 13.515.000,82
2008	360	64,82	69,80	1,08	\$ 1.091.666,67	\$ 1.175.537,39	\$ 14.106.448,63
2009	60	69,80	69,80	1,00	\$ 1.100.000,00	\$ 1.100.000,00	\$ 2.200.000,00
	3600	IB.L 2009					\$ 135.946.266,45
							\$ 1.132.885,55
Pensión					Tasa de reemplazo	87%	\$ 985.610,43

Por tanto, es claro que el valor resultante en esta instancia, **\$985.610,43**, es ligeramente superior al reconocido por Colpensiones mediante la Resolución VPB 904 de 2015, esto es, **\$984.927**; sin embargo, y dado que las pretensiones estuvieron encaminadas a que se preservara el valor de tal acto administrativo, dicha suma se mantendrá, de modo que se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reliquidar la mesada pensional de demandante teniendo como mesada pensional la establecida en la Resolución VPB 904 de 2015.

En cuanto al **retroactivo** se condenará a **COLPENSIONES** al pago de las diferencias que resulten entre la mesada reliquidada y la que actualmente se encuentra pagando **COLPENSIONES**, desde la fecha en que dejó de pagar, esto es, 01 de agosto de 2017, según Resolución SUB 135924 de 2017, hasta que se haga reajuste la correspondiente mesada pensional.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición:

" (...) Considera la Sala oportuno replantear ese criterio jurisprudencial, dada la existencia de razones poderosas y convincentes que obligan a su revisión. Para sustentar este

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

cambio de pensamiento, la Corte, primero, sostendrá que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que tiene un claro referente constitucional y legal. En segundo término, discernirá sobre el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a fin de defender la tesis de que esa norma tenía la función de clarificar y sentar las pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición. Y, por último, planteará que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de este sistema.

[...] De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual *«los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral»*, dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias específicas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones.

[...] Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales *«de que trata esta Ley (sic)»*, entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de *«esta Ley (sic)»* prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con deficiencia física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de *«esta Ley (sic)»*. [...]

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Con lo anterior, la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones”.

Por otra parte, la misma corporación recogió su criterio en cuanto a que los intereses moratorios no procedían frente a reajustes o reliquidaciones pensionales y en sentencia SL3130-2020 estableció:

“En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que el legislador no hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios, ni en función de la clase de pensión legal que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo.

Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una *interpretación literal* de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.

Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[...] en caso de *mora* en el pago de las mesadas pensionales [...]», además de que, en términos jurídicos, la *mora* en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su *pago incompleto o deficitario*. En este punto la *mora* esta conceptualmente ligada al *pago* de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «*la prestación de lo que se debe*», de manera que, mientras no se produzca este *pago*, en forma adecuada, oportuna y completa, la *mora* sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.

El artículo 1627 del Código Civil establece al respecto que el pago de una obligación debe hacerse «[...] en conformidad al tenor de la obligación [...]» y que el «[...] acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.»

En similares términos, en la sentencia CSJ SL, 9 jul. 1992, rad. 4826, esta corporación anotó al respecto:

Que el pago deba hacerse “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación”, como lo dispone el artículo 1627 del

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Código Civil, no significa que pueda efectuarse de manera incompleta, pues en los textuales términos del artículo 1649 ibídem, "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

Así lo entendió la Sala de Casación Civil de la Corte cuando dijo: "El pago, para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse la de que debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inc. 2º del art. 1626 del C. C. que el "pago efectivo es la prestación de lo que se debe" y, para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inc. 2º del art. 1649 ibídem, cuando dispone que "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.

Así las cosas, **una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora.** (Negrillas por la Sala).

Así mismo, ha dicho la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. **42783**, la del 29 de mayo de 2003, rad. **18789**, así como la **SL8949-2017 y SL3947-2020**), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social,

situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, **Rad. 43602**, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, **Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020**).

En el caso, se observa que las razones que conllevaron al administrador del régimen de prima media a dejar sin efectos la Resolución VPB 904 de 2015, fue la existencia de una sentencia judicial que estimó, no había sido observada y que fue pasada por alto por parte de la entidad, por lo que se expidió un nuevo acto administrativo teniendo en cuenta lo dispuesto en tal decisión judicial, sin tener en consideración los aportes efectuados por la demandante ni que la mesada que le estaba reconociendo era más favorable, así como no se detuvo a estudiar que en la sentencia del 31 de mayo de 2011 del Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá se tuvo en cuenta la historia laboral vigente para tal época, esto es, la del 11 de noviembre de 2010.

Por tanto, se accederá a la condena por concepto de intereses moratorios, y en consecuencia, se **CONDENARÁ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios sobre las diferencias objeto de condena, desde su respectiva causación mes a mes hasta que se haga efectivo su pago.

Por lo dicho, no se accederá a la condena por concepto de **indexación**, al resultar incompatible con la de intereses moratorios.

VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

A. CONDENAR a COLPENSIONES a **reliquidar** la mesada pensional de Luz Stella Cuevas Ortiz, teniendo como mesada pensional la establecida para el 01 de marzo de 2009, en la Resolución VPB 904 de 2015, esto es, la suma de **\$984.927.**

B. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de Luz Stella Cuevas Ortiz las **diferencias** que resulten entre la mesada reliquidada y la que actualmente se encuentre pagando COLPENSIONES, desde el 01 de agosto de 2017 hasta que se haga el reajuste correspondiente a la mesada pensional.

C. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de Luz Stella Cuevas Ortiz **intereses moratorios** sobre las diferencias objeto de condena en literal B. de esta sentencia, desde su respectiva causación mes a mes hasta que se haga efectivo su pago.

D. ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00295 -01

Demandante: **LUZ STELLA CUEVAS ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ELSA PADRA DE DÍAZ** promoviese contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende sustitución pensional por el fallecimiento de su cónyuge, Juan

de Dios Díaz Millán, a partir del 30 de abril de 2017, junto con los correspondientes intereses moratorios o la indexación, e intereses comerciales o moratorios conforme al artículo 177 del C.C.A. (sic) y/o artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Mediante la Resolución 385 de 2010, el I.S.S. le reconoció pensión de invalidez a Juan de Dios Díaz Millán, en cuantía de \$515.000, a partir del 01 de febrero de 2010; **2)** A través de la Resolución 6599 de 2010, se desató el recurso de reposición, acto administrativo que modificó la fecha de reconocimiento, estableciéndola en el 15 de julio de 2008 y la Resolución 1464 de 2010 desató el recurso de apelación, confirmando esta última; **3)** Juan de Dios Díaz Millán falleció el 30 de abril de 2017; **4)** La demandante vivió de forma continua e ininterrumpida con el causante desde el 25 de julio de 1971 hasta el día de su fallecimiento, pese a que en 2003 el causante tuvo que irse a la ciudad de Bucaramanga por motivos laborales, y en 2016 fue internado en el hogar geriátrico Envejecer con Alegría al ser diagnosticado con cáncer de hígado; **5)** El 23 de agosto de 2017 solicitó sustitución pensional, pero le fue negada mediante la Resolución SUB 209866 de 2017, por cuanto en el último año de vida del causante no hubo convivencia, pues el examine se encontraba internado en un hogar geriátrico; y **6)** Interpuso los recursos de reposición y de apelación, no obstante, se confirmó la Resolución SUB 209866 de 2017 a través de las Resoluciones 240566 y DIR 19952 de 2017.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 178 a 187), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, presunción de legalidad

Demandante: **ELSA PRADA DE DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, y la innominada o genérica.

Expuso que se realizó investigación administrativa para determinar la convivencia de la accionante con el señor Juan de Dios Díaz Millán, encontrándose que durante el último año de vida del causante, éste estuvo en un hogar geriátrico por cuestiones de salud, que esta lo visitaba ocasionalmente y no tenía presente los datos del aludido hogar; y que por lo anterior, no están acreditados los cinco años de convivencia requeridos por la Ley 797 de 2003 para que haya lugar al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 13 de enero de 2021, en la que dictó sentencia **condenatoria**, en la que reconoció a la demandante como beneficiaria de la sustitución pensional, en su calidad de cónyuge supérstite a partir del 30 de abril de 2017, condenando a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle en forma vitalicia el 100% de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de Juan de Dios Millán Díaz a partir del 30 de abril de 2017, en cuantía equivalente a un salario mínimo, condenando además a reconocer y pagar a la demandante como retroactivo pensional la suma de \$42'197.424 causado desde el 30 de abril de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2020, sin perjuicio de lo que se cause con posterioridad, debidamente indexado, desde la causación de cada una de las mesadas pensionales hasta que se haga efectivo su pago, autorizando a COLPENSIONES a descontar por el valor del retroactivo pensional, los valores que correspondan por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud.

Como sustento de su decisión refirió, en síntesis, que está acreditado que el señor Juan de Dios Díaz Millán ostentaba la

calidad de pensionado; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia la cónyuge separada de hecho únicamente debe acreditar cinco años de convivencia en cualquier tiempo; que pese a lo anterior, debe acreditarse que permanecieron los lazos de familiaridad entre los cónyuges; que lo único reprochable en la investigación administrativa efectuada por COLPENSIONES es el último año de convivencia; que la demandante acreditó que contrajo nupcias con el causante el 25 de julio de 1971, y que conforme a la prueba testimonial se logra determinar que pese a que se separaron de hecho en agosto de 2007, por cuanto el exánime se fue a laborar a Bucaramanga y en 2016, fue diagnosticado de cáncer y fue internado en un hogar geriátrico, entre los cónyuges permanecieron esos lazos de familiaridad, afecto y solidaridad mutua, pues fue la actora quien en compañía de sus hijas asumió los gastos del hogar donde fue internado el difunto, y lo visitaban constantemente.

Frente a la prescripción indicó que no operó dicho fenómeno, ya que la reclamación administrativa sólo vino a ser resuelta mediante la Resolución DIR 19952 del 08 de noviembre de 2017, que fue notificada el 03 de enero de 2018, y se demandó dentro de los tres años siguientes.

Concluyó indicando que no hay lugar a intereses moratorios, ya que, COLPENSIONES tuvo una razón objetiva para no reconocer la prestación basada en lo que establece la normatividad; y que por lo anterior, se debe pagar la prestación debidamente indexada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES. Expuso que se tuvo por acreditado sin estarlo una convivencia de más de cinco años, pues los testimonios incurrieron en contradicción frente a lo obrante en prueba documental, pues sus declaraciones son muy diferentes de lo que se narró en la investigación administrativa; que el

causante no recibió el apoyo de su cónyuge, tanto es así que en Bucaramanga estuvo al cuidado de unos familiares y posteriormente, es internado en un hogar geriátrico; que no se entiende cómo sus hijas desconocen la labor de su padre, cómo la actora no se trasladó con el causante, pues éste se fue en 2007 y la presunta razón por la que se quedó, el cuidado de su nieta, se dio hasta 2010; y que en la certificación del hogar geriátrico únicamente se hace relación a los gastos del causante mientras éste estuvo hospitalizado, de su permanencia en dicho lugar.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se ordenó correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **el problema jurídico** a

resolver, se circunscribe a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la accionante.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Juan de Dios Díaz Millán -30 de abril de 2017- (fl. 158) la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que indica:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o

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

Al respecto, es necesario precisar que en sentencia **SL1730-2020**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados.

Frente dicha providencia, la H. Corte Constitucional en sentencia unificadora **SU-149 de 2021** estableció que la interpretación dada por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral frente a los requisitos de convivencia con el afiliado fallecido, desconocía el principio de igualdad, ya que tal interpretación no guardaba correspondencia con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia, aunado a que carecía de una justificación objetiva y que el precedente aplicable en la materia, era la Sentencia **SU-428 de 2016** cuya *ratio decidendi* enseña que la compañera permanente supérstite del afiliado que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento.

Por su parte, en sentencia SL4318-2021 la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dio cumplimiento a las órdenes de la sentencia SU-149 de 2021, advirtiéndose en las aclaraciones de voto que la providencia se profirió única y exclusivamente en acatamiento de lo dispuesto en el fallo SU-149 de 2021, proferido por H. Corte Constitucional; que las sentencias tomadas en virtud de un estudio de constitucionalidad tienen fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus

efectos *erga omnes* y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335- 2008 y C-539-2011); mientras que las sentencias de tutela, aunque también tiene fuerza vinculante, le permiten al juez apartarse de sus postulados, siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU611-2017).

Agregó que, por lo anterior, se mantenía la Sala en las consideraciones expuestas en la sentencia que fue dejada sin efecto por la Corte Constitucional por considerar que dicho criterio jurisprudencial resulta completamente razonable, ajustado al principio de igualdad y al espíritu de la ley, no contraría la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ni produce efectos desproporcionados en la protección a la familia, y tampoco desconoce el precedente constitucional.

Por otra parte, es necesario recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, según lo dicho por la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la del 29 de noviembre de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

Sobre el tópico, es menester precisar que la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral ha expuesto desde la sentencia del 13 de marzo de 2012, rad. 45038, que el referente para determinar el derecho del cónyuge supérstite separado de hecho o de cuerpos a la pensión de sobrevivientes, es la subsistencia del vínculo matrimonial, es decir que no haya divorcio, *“por lo tanto, otras figuras del derecho*

de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho” (SL3505-2018, SL3405-2018, SL1399-2018, SL14498-2017, SL18068-2016, SL2335-2019), siempre que se compruebe la convivencia entre los contrayentes durante el lapso y las condiciones que exige la ley. Al punto, preciso:

“Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar”.

En sentencia SL480-2020 en un caso de similares connotaciones dijo:

“(…) Se insiste, lo que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia del vínculo matrimonial, el cual subsiste incluso, ante situaciones jurídicas relacionadas con la separación de bienes o, como en el presente caso, ante la disolución o la liquidación de la sociedad conyugal, pues dichas figuras no descartan la posibilidad de adquirir ese derecho”.

Entonces, como quiera que el Tribunal consideró que la liquidación de la sociedad conyugal de la cónyuge y el causante –que es un aspecto meramente patrimonial- era motivo suficiente para que la primera no accediera al derecho pretendido, resulta evidente la comisión del yerro jurídico denunciado, al dársele un alcance restrictivo a las normas aplicables al presente asunto. (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Finalmente, la H. Corte ha enseñado que, al cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no se le impone por ley demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia prevista en el inciso 3º del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Así lo consideró, entre otras decisiones, en las sentencias SL359-2020 y SL966-2021:

“Sobre el particular, ha enseñado la Sala que al cónyuge separado (a) de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no se le impone por la ley demostrar la

Demandante: **ELSA PRADA DE DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia prevista en el inciso 3.º del literal b) antes transcrito. Así lo consideró, entre otras decisiones, en la sentencia CSJ SL359-2020:

«En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el *ad quem* incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019».

VII. DEL CASO CONCRETO.

No son hechos objeto de controversia los relativos a: **i)** el matrimonio celebrado por el rito católico el día 28 de julio de 1971, entre los señores Juan de Dios Díaz Millán y Elsa Prada de Díaz (fl.159); **ii)** el reconocimiento a la demandante de una pensión de invalidez por parte de la pasiva, mediante Resolución 047375 de 2008 a partir del 01 de octubre de 2008 (fls. 8 a 11); **iii)** el reconocimiento por parte de la pasiva al causante Juan de Dios Díaz Millán, de una pensión de invalidez, a partir del 01 de febrero de 2010, en cuantía de un salario mínimo (fl.19); prestación que posteriormente fue modificada, concretamente, en el sentido de reconocer la pensión desde el 05 de julio de 2008, decisión confirmada a través de la Resolución 0001464 del 03 de diciembre de 2010 (fls. 12 a 15); **iv)** el fallecimiento de Díaz Millán el día 30 de abril de 2017 (fl. 158); **v)** la solicitud de

sustitución pensional elevada por la demandante el 23 de agosto de 2017, (fls. 21 a 25); **vi)** la negativa de la pasiva al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante, argumentando que únicamente acreditó una convivencia entre julio de 1971 y el 2016, por lo que no demostró convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del causante. (fl. 26 a 38) y finalmente, **vii)** que el 08 de marzo de 2019 se certificó por parte del Hogar Geriátrico Envejecer con Alegría que quien asumió los gastos de elementos personales, medicamentos y exámenes del causante mientras estuvo hospitalizado fue la accionante (fl.38)

Igualmente, al proceso comparecieron a rendir testimonio **Sandra Milena Díaz Prada, Johanna Díaz Prada, y Nidia Johana Monterrey Ochoa**, quienes manifestaron lo siguiente:

Sandra Milena Díaz Prada, dijo ser hija del causante y de la actora; que sus padres contrajeron nupcias en 1971, vivieron un tiempo en Bogotá, pero por cuestiones de trabajo su padre se fue para Bucaramanga en 2007, donde vivió con su hermano; que su madre visitaba a su padre y seguía en contacto permanente con él; que su mamá se quedó en Bogotá porque cuidaba de su nieta; que su padre empezó con muchos problemas de salud, y dejó de venir a Bogotá, por lo que ellas, junto con su madre empezaron a ir con más frecuencia a Bucaramanga; que en 2016 a su padre le descubrieron un cáncer de hígado, por lo que surgió la necesidad de tenerlo en un hogar geriátrico porque necesitaba enfermera de 24 horas, además porque tenía varias enfermedades de base; que visitaban a su padre frecuentemente; que este antes enfermar iba a Bogotá a visitarlas; que en el 2010, su padre empezó a sentirse enfermo, pero que estaba controlado, fue en los dos últimos años que estuvo muy enfermo; que su padre adoraba a su madre y no tuvo un vínculo con otra persona; que los gastos del hogar geriátrico se pagaron con parte de su pensión, y de forma mancomunada con su madre y su hermana,

Demandante: **ELSA PRADA DE DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Johanna Díaz Prada; que iban como mínimo una vez al mes a visitar a su padre; y que acudió a las honras fúnebres con su madre y hermana.

Por su parte, **Johanna Díaz Prada** manifestó ser hija de la demandante y del causante; que la relación de sus padres fue armoniosa; que su padre comenzó a presentar enfermedades, especialmente un cáncer; que nunca dejaron de ser familia, siempre estuvieron apoyándose; que sus padres tuvieron que alejarse por situaciones económicas, pero que siguieron juntos, su padre viajaba y los visitaba, y su madre igualmente; que siempre estuvieron en constante comunicación; que su padre se fue en agosto del 2007; que los problemas de salud de su padre empezaron en el 2010, tensión, azúcar y después empezó con sus antecedentes crónicos; que en 2016 fue cuando le descubrieron a su padre que tenía cáncer; que apenas se enteraron de la patología de su padre, trataron de conseguirle alimentos porque la nutrición era mínima, y artículos que necesitaba; que para visitarlo, se alternaban con su madre y hermana; que su padre estaba en Bucaramanga en el año 2016; que tuvieron que dejar a su padre en un hogar porque para trasladarlo a Bogotá era algo complicado por lo delicado de salud y el clima, pues el médico tratante dijo que trasladarlo era complicado, así que estuvo con gente calificada pendiente de él; que la decisión de dejarlo en el hogar geriátrico se tomó en familia por las recomendaciones médicas; que se pagaba el hogar con lo que su padre tenía de pensión, y con la ayuda mancomunada de su hermana, madre y ella; que su padre nunca tuvo otra relación, fue siempre respetuoso con su madre; que las exequias de su padre fueron en Bucaramanga, para lo que viajó junto con su hermana y madre; que las cenizas de su padre se trasladaron a Bogotá; que sus padres no tomaron la decisión de irse juntos a Bucaramanga porque su madre estaba ad portas de adquirir su pensión y seguía laborando, y después tuvo una hija, y la única persona en quien podía confiar para su cuidado, era ella; que los primeros años de su hija vivió con su madre, pero después se trasladó a

Demandante: **ELSA PRADA DE DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Zipaquirá; y que su padre les colaboraba económicamente con el pago de servicios públicos, el mercado, ayudaba económicamente con lo que podía; que su padre se fue a trabajar con su tío, porque él tenía un negocio independiente; mi padre ayudaba manejando una camioneta.

Finalmente, **Nidia Johana Monterrey Ochoa** expuso que conoció a la demandante porque trabajó en un hogar geriátrico; que el causante llegó a este hogar en el año 2016; que fue ella quien cuidó al exánime; que la demandante era quien pagaba por los servicios que se le brindaban al causante, incluyendo medicamentos, gastos para sus citas en la E.P.S.; que al difunto lo iban a visitar cada mes; que el causante alcanzó a estar en el hogar más o menos un año y después él falleció; que cada mes que la demandante iba a visitarlo, pagaba la pensión del geriátrico al igual que las hijas; que al causante lo visitaban todo un fin de semana, y cuando tenía citas con especialistas estaban muy pendiente de él; que también iba un hermano del difunto que falleció antes que él; que se le brindaba un cuidado permanente al causante; que las condiciones y el clima de Bogotá podían afectar al exánime; que el causante le decía que se llevaba bien con su esposa e hijas; y que la manera de ser de la demandante y de las hijas era de una gran calidad humana con el causante.

Pues bien. Revisado el material probatorio se encuentra que la demandante y el señor Juan de Dios Díaz Millán contrajeron nupcias el 28 de julio de 1971, y que éste falleció en calidad de **pensionado**, por lo que, se debió demostrar un mínimo de cinco años de convivencia, empero, estando frente a su cónyuge, pueden acreditar en cualquier tiempo.

Dicho lo anterior, debe decirse que se encuentra acreditado que la demandante y el exánime convivieron sin solución de continuidad desde la fecha de su matrimonio hasta la muerte del cónyuge, si se tiene en cuenta que la separación de los cónyuges

por causas de trabajo no puede entenderse como interrupción de la convivencia que impida el acceso al derecho conforme las voces de nuestro máximo órgano de cierre, que de antaño ha avalado el reconocimiento de la prestación cuando la separación de cuerpo de los cónyuges obedece a razones atendibles relacionadas con obligaciones laborales, cuidado de otras personas, entre otras.

En gracia de discusión se tiene que la pareja convivió por los menos hasta el 31 de julio de 2007, esto es, durante **24 años y 3 días**, pues se hace alusión por parte de sus hijas, **Sandra Milena Díaz Prada y Johanna Díaz Prada**, que sus padres tuvieron que separarse para que el grupo familiar pudiera acceder a mejores condiciones económicas, a partir de agosto de 2007; de manera que, se encuentra acreditado el requisito en estudio, pues recuérdese que no es necesario acreditar la continuidad de los lazos familiares y afectivos conforme a las sentencias SL359-2020 y SL966-2021.

En todo caso, habrá de advertirse que se observa que dichos lazos familiares y afectivos continuaron frente a la accionante y el causante, pues entre ellos se siguieron presentado actos de afecto, colaboración económica, solidaridad, socorro, y ayuda mutua; nótese que conforme a las testigos aludidas, Sandra Milena Díaz Prada y Johanna Díaz Prada seguían visitándolo a pesar de la distancia, el causante asumía gastos (tales como mercado y servicios públicos), y que dichas testigos en compañía de su madre asumieron las expensas generadas por el pago del hogar geriátrico de su padre, el que fue una necesidad como consecuencia de que éste requería de un acompañamiento permanente y constancia, dado que estaba padeciendo diferentes patologías, entre las que se encontraba un cáncer de hígado, diabetes mellitus tipo II y una cirrosis hepática.

En este punto, se aclara que a juicio de la Sala, tales testigos gozan de credibilidad, pues además de resultar contestes sus declaraciones, contrario a lo dicho por la apoderada

Demandante: **ELSA PRADA DE DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

impugnante, se verifica que conocía que su padre trabajó con su hermano y que lo hizo manejando una camioneta, asimismo, se evidencia que las razones que aducen del por qué de la separación de sus padres resultan atendibles, pues ciertamente la demandante estaba finiquitando su vida laboral y estaba ad portas de adquirir su pensión y, posteriormente, se dio el nacimiento de su nieta, de quien asumió su cuidado.

Esclarecido lo anterior, de igual manera se encuentra que la testigo **Nydia Johana Monterrey Ochoa** hizo alusión al acompañamiento que fue brindado por su familia en el último año de vida del causante, quienes acudían un fin de semana al mes a visitarlo y del cual resaltó el cariño y la dignidad con la que éste era tratando.

Igualmente, es necesario tener presente que a juicio de la Sala los testigos no incurrieron en contradicción frente a la investigación administrativa realizada por COLPENSIONES, (Fl. 160 a 167), pues las personas que fueron entrevistadas fueron contestes en manifestar que relación de la accionante y el exánime fue permanente, así como el apoyo que fue brindado por la actora al causante en el tiempo que éste enfermó de gravedad.

Así, se observa que Carlos Hernán Prada Prada, adujo que la demandante viajaba constantemente a Bucaramanga; Carmen Sofía Díaz Gómez, sobrina del causante, adujo que la actora siempre estuvo pendiente de él, y que en el último año fue necesario un cuidado especializado, por lo que se hizo necesario internarlo en un hogar geriátrico; y Gladys Patiño Díaz y Javier Archila, a través de declaración extraprocesal, manifestaron que el causante y la actora convivieron desde el 28 de julio de 1971 hasta el fallecimiento del primero, que tuvieron dos hijas, y que la actora siempre le brindó apoyo económico y socorro a su esposo (medio óptico de folio 196).

Demandante: **ELSA PRADA DE DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Finalmente, se aclara que la certificación de folio 38 contrario a lo que establece la impugnante, también permite entrever el socorro y ayuda mutua que existió entre la actora y el causante, pues ciertamente en esta se hace referencia a que fue la demandante quien asumió los gastos personales del exánime, así como quien compró medicamentos, y gastos de transporte, mientras este estuvo hospitalizado; por demás que la persona que certificó tal situación, Nydia Johana Monterrey Ochoa compareció a juicio a rendir testimonio, y agregó que los gastos del hogar geriátrico eran pagados por la demandante en compañía de sus hijas, por demás que en el plenario obra el contrato que se celebró entre el hogar geriátrico y la accionante, señalándose que ésta era la familiar responsable (fl 38 a 42)

De esta manera, a juicio de la Sala se logró demostrar la convivencia de cinco años en cualquier tiempo, razón por la que **SE CONFIRMARÁ** en el punto la sentencia de primera instancia procediendo en consecuencia a verificar *en sede de consulta* la fecha de reconocimiento de la prestación, si operó el fenómeno prescriptivo, el valor del retroactivo reconocido, y si se debe reconocer los rubros objeto de condena debidamente indexado .

FECHA DE RECONOCIMIENTO, RETROACTIVO Y PRESCRIPCIÓN.

En consideración a que el fallecimiento del causante fue el 30 de abril de 2017, se considera que es a partir de dicha data que se debe reconocer la prestación, tal y como lo dispuso el A Quo, por lo que, se confirmará dicha condena.

En lo que respecta a la prescripción, toda vez que, se demandó el 24 de mayo de 2019 (fl.169), y que el exánime falleció el 30 de abril de 2017, es claro que entre tales fechas no transcurrieron más de los tres años de que trata el artículo 488 del C.S.T, por lo que, no operó el fenómeno en estudio.

Demandante: **ELSA PRADA DE DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

En cuanto al retroactivo, encontramos que el A Quo calculó este hasta el 31 de diciembre de 2020, por lo que, efectuadas las operaciones de rigor, se tiene que el valor reconocido es igual al resultante en esta instancia, **\$42'197.424**, de modo que se confirmará:

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	MESADAS	TOTAL
2017	\$ 737.717,00	10,00	\$ 7.377.170,00
2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388,00
2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
TOTAL			\$ 42.197.424,00

INDEXACIÓN.

En lo que concierne a la indexación la Sala considera que es dable ordenar su imposición, al ser un mecanismo que busca evitar la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno de la depreciación de la moneda, y por tratarse de un hecho de conocimiento público y notorio, según lo advertido por la Sala de Casación Laboral de H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias como la del 14 agosto de 2012, Rad. 41522. Por ende, se confirmará la condena impuesta por el A Quo.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Demandante: **ELSA PRADA DE DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00829 -01
Demandante: **ALBERTO RAMÓN GARCÍA BRICEÑO.**
Demandado: **GESTIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ALBERTO RAMÓN GARCÍA BRICEÑO** promoviese contra **GESTIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 02 de enero al 26 de mayo de 2017; que devengaba \$1'377.000; y que la terminación del contrato de trabajo fue sin

justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita salario de mayo de 2017, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, prima de servicios, auxilio de transporte, aportes a seguridad social integral, intereses moratorios, indemnización moratoria, e indemnización por despido sin justa causa.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

1) Fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios el 02 de enero de 2017 para desempeñar el cargo de Guarda de Seguridad; **2)** Laboraba de domingo a domingo en turnos de 12 horas; **3)** Devengaba \$1'377.000; **4)** Ejecutó sus labores de forma subordinada, siguiendo instrucciones y horarios señalados por la demandada; **5)** El 20 de mayo de 2017 pidió permiso, dado que, su hermana falleció; **6)** El 21 de mayo de 2017 solicitó licencia de luto, no obstante, una vez esta culminó el 27 de mayo de 2017, le fue terminado su contrato de trabajo; **7)** El 08 de agosto de 2017 se llevó a cabo audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, no obstante, no se logró arribar a un acuerdo y **8)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

GESTIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S. (fls. 60 a 79), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, de inexistencia del contrato laboral bajo continuada subordinación y dependencia, terminación del contrato de prestación de servicios de manera justificada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y buena fe.

Aceptó que el accionante fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios el 02 de enero de 2017; y que el 08 de agosto de 2017 se celebró audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, empero, que no se arribó a ningún acuerdo.

Indicó que la relación existente entre las partes era un contrato de prestación de servicios, por lo que la vinculación que ató al accionante era de tipo civil; que el demandante siempre contó con libertad para desempeñar sus funciones; que no está acreditado el elemento de la subordinación; que no ejerció subordinación ni a través suyo ni de sus supervisores, pues el contratista puede recibir instrucciones, pero no sometido hasta el punto que pierda autonomía; y que nunca tomó decisiones encaminadas a disciplinar al trabajador ni le hizo llamados de atención.

En último término, adujo que al demandante se le dio por terminado su contrato de trabajo, ya que éste tenía la obligación de procurar el cubrimiento de sus aportes a seguridad social, lo que no estaba llevando a cabo; que pagó todos los honorarios debidos a favor del accionante; y que para establecer la procedencia de las sanciones moratorias es necesario verificar si el empleador obró de buena fe, conducta que siempre asumió dado que pagó honorarios, su actuar no estuvo encaminado a evadir el cumplimiento de obligaciones laborales, y dado que la relación entre las partes únicamente fue de cinco meses.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 23 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

Demandante: **ALBERTO RAMÓN GARCÍA BRICEÑO.**

Demandado: **GESTIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S.**

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia por el periodo comprendido entre el 02 de enero de 2017 al 26 de mayo de 2017 con salario equivalente a la suma de \$1'377.000.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor los siguientes conceptos causados durante la vigencia de la relación laboral:

A. CESANTÍAS, \$550.800

B. INTERESES A LAS CESANTÍAS \$26.438.

C. PRIMA DE SERVICIOS \$550.800.

D. VACACIONES \$275.400.

E. La suma de \$33'048.000 por concepto de indemnización moratoria calculada por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 2017 al 27 de mayo de 2019; a partir del 28 de mayo de 2019 deberá pagar al trabajador intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones objeto de condena.

F. Por la obligación de hacer relacionada con el pago de aportes con destino al sistema general de pensiones, causados desde el 02 de enero de 2017 al 26 de mayo de 2017, teniendo como I.B.C. la suma de \$1'377.000; para ello, una vez ejecutoriada la sentencia, se le ordenará al demandante que informe a qué A.F.P. se encuentra afiliado para lo cual se le otorgara un término de 15 días; luego de ello se le concede a la empresa demandada un término de 15 días hábiles para que solicite la liquidación del cálculo actuarial correspondiente, y aportado este documento contará con un término de 15 días hábiles para acreditar el pago efectivo ante la respectiva entidad.

TERCERO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas.

CUARTO: COSTAS a cargo de la demandada, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

En síntesis, refirió que no existe controversia en cuanto a que el demandante prestó servicios como Conserje a favor de la empresa demandada, por demás que esto fue aceptado en interrogatorio de parte por el representante de ésta y se acreditó con el contrato de prestación de servicios; que del interrogatorio de parte del representante legal de la demandada se logra establecer que el demandante cumplía un horario de trabajo, que el actor no podía contar con otro personal para su reemplazo, y que debía informar de sus circunstancias personales para contar con permisos como acaeció con el fallecimiento de su hermana; y que por lo anterior, no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, por ende, era dable establecer la existencia de un contrato de trabajo.

Indicó que ante la declaratoria de un contrato de trabajo hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensión; y que no se acreditó la necesidad de transporte para reconocer el auxilio de transporte.

Adujo que ante el fallecimiento de la hermana del actor, éste gozaba del derecho de asistir a sus obras fúnebres; y que se dio terminación al contrato de prestación de servicios por un presunto incumplimiento del demandante por no estar pagando sus aportes a seguridad social, no obstante, esta no causa no fue acreditada en juicio.

En último término, expuso que no se impone sanción por no consignación de las cesantías, dado que no surgió la obligación de dicha consignación, puesto que el contrato finiquitó el 27 de mayo de 2017, y las cesantías debieron ser consignadas el 14 de febrero de 2018; que hay lugar a imponer sanción moratoria, pues quedó acreditado el cumplimiento de un horario de trabajo, inclusive, por un término mayor al legal, y la naturaleza del cargo y de las funciones del accionante son propias de un contrato de trabajo; y que al demandarse dentro de los dos años se debe reconocer indemnización moratoria hasta el mes 24, e intereses moratorios a partir del mes 25.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE DEMANDADA.

Manifestó que no se debe imponer condena por sanción moratoria, ya que se actuó de buena fe, pues las partes dejaron plasmadas desde la contratación inicial la forma como se prestarían los servicios, se pagaron los honorarios a tiempo, y se acordó que el pago de la seguridad social no se pagaría por la situación del demandante- quien gozaba de una asignación de uso del buen retiro-; y que conforme criterio de la Corte Suprema

de Justicia la sanción moratoria no opera en forma automática, por lo que, deben aparecer acreditadas si no hubo buena fe.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la demandada para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si hay lugar a imponer condena por concepto de indemnización moratoria.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia en el proceso los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre las partes, la duración del mismo entre el 02 de enero de 2017 y el 26 de mayo de 2017 y el salario de \$1'377.000, por cuanto tales decisiones del A Quo no fueron apeladas

Al proceso compareció a rendir **interrogatorio de parte el representante legal de la demandada**, quien señaló que la relación contractual que tuvo con el demandante fue de prestación de servicios; que esta permaneció unos tres o cuatro meses; que no recuerda la fecha en que se terminó el contrato; que el demandante prestó el servicio de conserje y portero; que