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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario:	**11001310500920190033202**
Demandante:	**MIRTA ELENA ROSALES MARTÍNEZ**
Demandado:	**CABLE SERVICIOS S.A.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente:

PROVIDENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado (9) Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el uno (01) de octubre del dos mil veintiuno (2021).

I. ANTECEDENTES

Mirta Elena Rosales Martínez llamó a juicio a Cable Servicios SA, pidió se declarara que: existió un contrato de trabajo a término fijo con la demandada, desde el uno (01) de septiembre de dos mil once (2011) hasta el veinticuatro (24) de junio de dos mil dieciséis (2016), el cual fue terminado unilateralmente por causa imputable al empleador; la accionada le pagaba la suma de ochocientos mil pesos ($800.000) como retribución fija, más una base garantizada a título de bonificación por los primeros cuatro (4) meses de cuatrocientos mil pesos ($400.000), más la comisión fija del 1% sobre las ventas que se realizaban mensualmente, y la suma de trescientos mil pesos ($300.000) por el auxilio mensual de rodamiento del vehículo el cual utilizaba para el servicio de la empresa; en virtud de dicha relación laboral se le adeudan las prestaciones sociales a

las que tiene derecho ajustadas al valor real que devengaba; durante el vínculo los pagos de seguridad no se efectuaron sobre la totalidad del salario.

Como consecuencia de lo anterior, pidió se condenara a la accionada a pagar los aportes a salud, pensión y al fondo de pensiones y cesantías sobre la totalidad del salario, que se reliquiden las cesantías, intereses de las mismas, primas y vacaciones sobre el total de la remuneración mensual, las indemnizaciones por despido y moratoria, la indexación, lo probado extra y ultra petita, y a las costas del proceso.

Fundamentó de sus pretensiones, en que: fue vinculada mediante contrato escrito de trabajo a término indefinido por la empresa Cable Servicios SA para desempeñar el cargo de Directora de Ventas de almacenes de cadena, el que fue suscrito en formato minerva, y en el mes de noviembre del año dos mil quince (2015) fue cambiado añadiendo algunas cláusulas; el horario de trabajo era de lunes a viernes de 8:00 am a 5:30 pm y los días sábados de 8:00 am a 1:00 pm, con disponibilidad para laborar en ocasiones los domingos, devengando como contraprestación la suma de ochocientos mil pesos ($800.000), más una base de retribución fija los 4 primeros meses de cuatrocientos mil pesos ($400.000), para un salario total devengado de un millón doscientos mil pesos ($1.200.000), y una comisión fija del 1% sobre las ventas que se realizaban mensualmente, también por el rodamiento de su vehículo un auxilio mensual por trescientos mil pesos ($300.000); y para el año 2012 fue aumentando su salario a un millón de pesos ($1.000.000) de conformidad con el IPC, más la comisión del 1% por las ventas realizadas.

Expuso que: desde el año 2014 está sometida a un tratamiento en razón a su artritis, siendo esta una enfermedad progresiva, la que fue evidenciada por la accionada en el año 2015, por un médico que examinó a los empleados de la encartada; la empresa nunca le hizo seguimiento a su enfermedad y tampoco informó esta situación a la ARL o medicina laboral; comenzó a observar actitudes que le permitieron inferir que querían despedirla por su enfermedad, toda vez que ignoraban sus solicitudes y requerimientos, haciéndole acusaciones discriminatorias; no le pagaron en debida forma: la prima, las vacaciones y las cotizaciones a la seguridad

social del mes de diciembre del año 2015; que los meses de enero, febrero, marzo y junio de 2016, le fue reportado menor salario de lo que realmente devengaba, habiendo ganado la bonificación por cumplimiento del 100% de las ventas durante el primer trimestre de ese año, por la suma de un millón quinientos mil pesos ($1.500.000), la cual no fue cancelada.

Afirmó que: el 5 de mayo de 2016 sufrió una caída que le ocasionó problemas en uno de sus ojos y cadera, por lo que fue hospitalizada 17 días e incapacitada por otros 41, e inició tratamiento contra la artritis reumatoide; se presentó a trabajar el último día de su incapacidad el 15 de junio del mismo año, sin embargo su jefe, Fermín Lombana le ordenó capacitar a Juan Carlos Gaitán de requerirse su reemplazo; el 24 de junio siguiente, continuó entrenando al auxiliar comercial, y cumplió citas con los compradores de los Almacenes Jumbo y Éxito y al regresar sobre las 5:00 pm, le informó que su jefe requería la entrega del cargo, la dirigieron a la sala de reuniones, donde estaban reunidos sus compañeros y le dijeron que era su despedida; sobre las 7:00 pm su jefe la llamó a su oficina y le dijo que estaba muy enferma y que hasta ese día trabajaba, y le hizo entrega de un documento el cual tenía que firmar para que le pagaran la liquidación.

Por último, informó que no se le practicó examen médico de egreso; fue examinada por "*medicina laboral*", siendo notificada el 31 de agosto de 2018, de una pérdida de capacidad laboral del 60.92%, razón por la que Colpensiones le reconoció una pensión de invalidez a partir del 21 de diciembre de 2018, mediante Resolución N° SUB 326233 del 18 del mismo mes y año (fls. 360-378).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Cable Servicios SA, contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, puntualizó que eran ciertos los relacionados con el cargo ejercido por la demandante al iniciar la relación laboral, la retribución mensual que ésta recibía, el porcentaje de las comisiones, los aumentos de salario que tuvo, la jornada de exámenes médicos realizada el 16 de septiembre de 2015 y la publicación del empleo en la página Computrabajo. Frente a los demás hechos, adujo

que no eran ciertos y explicó que finalizó la relación laboral por mutuo acuerdo, y el contrato de transacción que suscribió con Mirta Elena Rosales Martínez y que nunca recibió los documentos que señala la accionante relativos al dictamen de pérdida de capacidad laboral o a su enfermedad.

Señaló que: la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes lo fue por mutuo acuerdo; la comisión estipulada con la demandante por las ventas fue de 0.5% ajustándola el 17 de mayo de 2012 al 1%, indicó que la bonificación se convino temporalmente y no constituye salario en los términos del artículo 128 del CST al igual que el auxilio mensual de rodamiento; la bonificación de los cuatrocientos mil pesos ($400.000) se pactó mediante otrosí celebrado el treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), en el cual las partes acordaron que recibiría esta bonificación en el periodo del primero (01) de diciembre de (2011) hasta el veintiocho (28) de febrero de dos mil doce (2012) a título de compensación por las comisiones no liquidadas en los últimos 3 meses de esa época y debe negarse el pago de las obligaciones por prescripción extintiva y por falta de técnica procesal al no expresar con precisión y claridad lo que se pretende, toda vez que no se discriminan los periodos ni valores que alega se adeudan de conformidad con el numeral 6 del artículo 25 del CPTSS.

Formuló como excepciones las de «pago de las obligaciones», «prescripción de las acreencias laborales», «mala fe», «falta de lealtad procesal y abuso del derecho» (fls.419 a 425).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado (9) Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del primero (01) de octubre de dos mil veintiuno (2021), decidió:

> **PRIMERO:** Declarar probadas las excepciones de pago y parcialmente la de prescripción, formuladas por la demandada en su escrito de contradicción.
>
> **SEGUNDO:** Absolver a la demanda de todas las pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de esta providencia.

> **TERCERO:** Las costas serán a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos ($300.000), de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del CS de la J.
>
> **CUARTO:** En caso de no ser apelada esta decisión, remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Señaló que no había discusión sobre la existencia de una relación laboral y sus extremos, sin embargo respecto a los factores salariales pagados a la accionante, indicó que debe darse aplicación a los artículos 127 y 128 del CST, sentencia CSJ SL 986-2021, de lo cual esta última ha indicado que si bien es cierto el criterio principal para determinar la incidencia salarial de pago es determinar si este remuneraba o no el servicio, también es viable acudir a criterios auxiliares de interpretación como la proporcionalidad, en aras de establecer si los factores no salariales constituyen la mayor parte de los pagos recibidos, con lo cual se perdería tal carácter.

Advirtió: que, una vez revisado el acervo probatorio se denotó que en el contrato de trabajo se pactó un salario ordinario equivalente a ochocientos mil pesos ($800.000) más comisiones de 0.5% sobre las ventas, así como también se pactó una remuneración de un millón ciento cincuenta y dos mil doce pesos ($1.152.012) a lo que se adiciona lo recibido por concepto de comisiones conforme a lo establecido por las partes; que se logró establecer que el salario ordinario varió durante la relación laboral y que recibió comisiones y un auxilio de rodamiento, añadió que se halló acreditado el pago de bonificaciones a la accionante en razón de cuatrocientos mil pesos ($400.000) hasta abril de 2012, resaltando que desde ese año se incluyó la casilla de verificaciones en los comprobantes de egreso que entregó la demandada y desde el año 2012 recibió el pago de comisiones; que desde el mes de abril del año 2015 se aportaron los desprendibles donde las casillas de bono de cumplimiento se encuentran en $0 denotando que lo pagado correspondió a la denominación de comisiones, y no acreditándose que se pactó suma adicional a las bonificaciones de 2011 y 2012, las comisiones, auxilio de rodamiento, por cuanto estableció que no existió una doble remuneración por cumplimiento de metas, sino se compensó bajo el rubro de comisiones.

Agregó que, en cuanto al auxilio de rodamiento, este no constituye un factor salarial, pues el mismo se entregó con la finalidad de facilitar el desempeño de labores de la trabajadora, más aún cuando desde el 17 de mayo de 2012 se efectuó el pacto de exclusión salarial y dicho auxilio se pagó constantemente sin sujetarlo a las ventas o metas pautadas por el empleador, no contando entonces con vocación remuneratoria; que las bonificaciones de 2011 y 2012 constituyen salario al haberse pagado a modo de comisión y por disposición expresa del artículo 127 del CST; que el fenómeno de la prescripción se encuentra consagrado en el art. 488 del CST y 151 del CPTSS, por lo que respecto de las primas y los intereses a las cesantías no efectuó estudio alguno con antelación al ocho (08) de mayo de dos mil dieciséis (2016) al ser procedente parcialmente la declaratoria de prescripción, contando el termino trienal y adoptando como referente la radicación de la demanda.

Así las cosas, explicó que se encontró acreditado el pago de la prima de servicios y el pago de intereses a las cesantías, incluyendo las comisiones devengadas por la trabajadora, por lo que no hay lugar a re liquidar las mismas.

Respecto de las vacaciones, mencionó que estas se pagaron de conformidad con el artículo 192 del CST; frente a las cesantías encontró que la empresa demandada incluyó dentro del concepto de salario las comisiones, además de los soportes al Sistema Integral de Seguridad Social, conforme sentencia SL1421-2019 se determinó que en virtud del artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la Seguridad Social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable y de la historia laboral adosada, observó que los aportes se efectuaron de acuerdo con la totalidad de salario incluyendo las comisiones, siendo procedente declarar las excepciones de prescripción y pago.

Respecto de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, consideró que existió acuerdo entre las mismas en cuanto a la suma de remuneración del despido y no encontrando acreditado que las concesiones realizadas por las partes se hallen viciados de nulidad, por lo

que no era posible acceder al reconocimiento del concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Por último, manifestó que, respecto a las conductas de acoso laboral anunciadas por la demandante, referentes al estado de salud de la accionante, resaltó que no existe pretensión alguna que trate sobre ello por lo que no era dable pronunciarse al respecto.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandante presentó recurso de apelación a fin de que se revoque la decisión del *a quo*, para lo cual afirmó que no fue posible acreditar los recibos con los cuales se pagaban en efectivo los valores por comisión, toda vez que esos soportes de caja los retenía la empresa luego de que los recibía la accionante, no quedando constancia ni en las planillas ni en alguna transferencia realizada a entidad bancaria. Agregó que, las sumas objeto de litigio fueron constantes y mensuales, por lo que en efecto hacían parte del salario devengado.

Respecto al bono por tope de ventas, en el cual en la planilla aparece reflejado como $0, este se ganaba dadas las metas establecidas por el propietario de la empresa, comisiones desde el ingreso a laborar hasta el último día de trabajo, pero que las mismas no aparecen reflejadas en la planilla ni en la nómina allegada al Despacho, por lo que considera que, debe estudiarse a fondo el proceso para lograr establecer la denominación de los egresos objeto de controversia. Estimó que, si bien se reconoció la indemnización por finalización del contrato, así como el pago de unas prestaciones, las mismas no corresponden a lo que realmente devengaba de la actora, y ello haría que su pensión y demás prestaciones sociales incrementaran.

Finalmente, aclaró que la renuncia presentada fue llevada a cabo en razón a un estado de alteración mental, pues había escuchado rumores de su despido, igualmente resaltó que no le fue realizado el examen médico de egreso, no obstante, el médico que fue a la empresa y le realizó la valoración la encontró bien, incluso anímicamente, recomendándole controles por la EPS, por lo que señaló que la empresa tenía conocimiento

de su estado de salud, pero a pesar de los pedimentos realizados por la trabajadora al gerente de la empresa, esta última prefirió prescindir de sus servicios.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presenta alegatos en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión determinar en primer lugar si es procedente condenar a la demandada Cable Servicios S.A. al pago de las diferencias salariales y prestacionales, derivadas de las comisiones que fueron pagadas en efectivo a la accionante y por el denominado Bono por tope de venta. Igualmente, determinar si en el presente caso es procedente la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa.

V. CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió una relación laboral en el periodo comprendido entre el uno (01) de septiembre de dos mil once (2011) hasta el veinticuatro (24) de junio de dos mil dieciséis (2016), como así se evidencia del contenido del contrato de trabajo visible a folios 9-17, así como la copia del contrato de transacción suscrito entre las partes mediante el cual finalizó el vínculo laboral por mutuo acuerdo obrante a folios 78-80.

Por otra parte, tampoco es objeto de controversia que, en el transcurso de la relación laboral, la demandante ostentó el cargo de Directora de Almacenes de Cadena, pues así se desprende de los documentos antes referidos, así como que la actora a la finalización del vínculo contractual devengaba la suma de un millón doscientos mil pesos ($1.200.000),

además de comisiones promedio de quinientos cincuenta y cinco mil ochocientos dieciocho pesos ($555.818), según se aprecia de la certificación laboral (fls. 82).

Ahora bien, con la finalidad de abordar los problemas jurídicos tal como fueron enlistados en el título anterior, procede esta Corporación a analizar en primer lugar, los interrogatorios de parte, así como las pruebas testimoniales recepcionadas en primera instancia:

- Interrogatorio de Parte Fermín Lombana Peralta: Manifestó ser el representante legal de la demandada, señaló que conoce a la señora Mirta, pues fue vinculada como directora de ventas, donde devengó inicialmente un salario fijo más comisiones del 0.5%, reajustadas posteriormente al 1%. Manifestó que no devengaba ningún bono por tope de ventas, pues en la empresa solo pagaban un porcentaje por comisiones; adujo en alguna oportunidad a los trabajadores les dieron bonificaciones por un corto tiempo más no formaban parte del contrato de trabajo, pues se entregaban como incentivo o motivación. En el caso específico de la demandante, señaló que esta devengaba salario, comisiones y rodamiento. En cuanto a la enfermedad de la actora, informó que desconocía de esto pues nunca se le puso en conocimiento, y aunque la señora Mirta a veces pedía permisos para citas médicas, lo hacía como cualquier otro empleado; que la publicación del cargo de la accionante en Computrabajo, obedeció a que la empresa estaba tratando de ubicar un cargo similar para la atención de otros almacenes. Sostuvo que, a la finalización del contrato de trabajo el día 24 de junio de 2016, la actora leyó el documento de liquidación y el contrato de transacción, y además se le brindó una copia, frente a lo que la actora manifestó estar de acuerdo con su contenido. Afirmó que la desvinculación de la actora era consecuencia del incumplimiento de las metas propuestas, y que la señora Mirta sabía que no trabajaría más con la compañía, y tuvo 6 o 7 días para entregar el cargo y presentar al nuevo funcionario a los clientes. Concluyó señalando que le pagó en la indemnización por despido injusto más un bono, por lo que considera no le debe nada.

- Interrogatorio de Parte Mirta Elena Rosales Martínez: Narró que pedía permisos verbalmente de manera ocasional, y también cada 3 meses para el control de la enfermedad que padece. En cuanto al contrato de transacción, aseveró que lo firmó bajo engaños, donde le pagaron un monto que incluía salario, liquidación e indemnización por despido sin justa causa; que para tal oportunidad mandó un correo electrónico a sus compañeros despidiéndose de ellos para que no pensarán que la habían echado. En lo que tuvo que ver con la entrega del cargo, informó que no lo entregó, ni presentó al nuevo vendedor a los clientes, puesto que en todo momento pensó que estaba entrenando a un auxiliar para trabajar con ella, el auxiliar se llama Juan Carlos Gaitán.
- Testigo Jensy Parra: Manifestó que la conoció porque trabajaba con ella en Cable Servicios, que para el 2015 fecha en que ingresó a laborar, la demandante ya contaba con incapacidades médicas y tenía su enfermedad. En cuanto a las bonificaciones, informó que sabía que se le brindaba a todos los empleados, para algunos era mensual, para otros semestral o trimestral: que el mismo se otorgaba por cumplimiento de metas y que el motivo de la desvinculación de la trabajadora no fue por incumplimiento de metas, pues si las cumplía, y que lo que siempre escucho por el voz a voz en la compañía era que no la querían por su enfermedad.
- Testigo Jenny Andrea Flórez Jiménez: Esta testigo indicó que trabajó en Cable Servicios, desde el año 2011 a 2019, en el cargo de Analista contable y Tesorera; informó que conocía a la demandante pues trabajó con ella, y que esta ocupaba el cargo de Gerente de almacenes de cadena; que, por su cargo y funciones, revisaba la nómina de dónde pudo extraer que la accionante devengaba un sueldo básico, más comisiones de acuerdo a la facturación de los almacenes y un auxilio de rodamiento. De su liquidación final, manifestó que fue ella quien la realizó y que la actora recibió a satisfacción; que no existían bonos ni bonificaciones pues lo único que se otorgaba además del salario básico eran las comisiones. Respecto de la enfermedad de la señora Mirta, señaló que lo desconoce puesto que esto no era parte de sus funciones, y que si alguna vez tuvo conocimiento que se encontraba incapacitada fue porque estaba ausente. Agregó el despido de la demandante,

obedeció aún bajo comportamiento en ventas y a que la compañía ya venía en una grave situación en esa dependencia. Explicó que no habían pagos en efectivo, ya que los pagos de nómina se realizaban a través de una transferencia bancaria y los de las liquidaciones se hacían con cheques.

- Testigo María Fernanda Miranda Flórez: Adujo ser Gerente de Talento Humano de Cable Servicios SA, desde el mes de enero de 2015, y que conoce a la demandante porque era empleada de la Compañía, en el cargo de Directora de Almacenes de Cadena. En cuanto a lo que le pagaban a la señora Mirta, explicó que los conceptos fueron: salarios, auxilio de transporte si era el caso, rodamiento, comisiones del 1% sobre las ventas, primas de servicio, cesantías e intereses de las mismas. En cuanto al mencionado bono por cumplimiento de metas, informó que no lo conoce, pues en la empresa solo manejan comisiones, y que dar bonificaciones no era una práctica de la compañía; que alguna vez supo de unos bonos *sodexo* para alimentación, que habían sido entregados mucho antes de empezar a trabajar para la Compañía. Que el motivo de despido de la actora, se debió a que venía incumpliendo constantemente las metas propuestas, situación que fue evaluada por la empresa durante un año pues esa dependencia estaba dando pérdidas, sin embargo, como la señora Mirta, se encontraba incapacitada por una caída que había tenido esperaron que regresara para poder hacer la salida en debida forma. Adicionalmente, señaló que en un principio la empresa trato de buscar una persona para apoyo de Mirta, pero que posteriormente decidieron reemplazarla por un perfil nuevo; para ello, Don Fermín tuvo una reunión con ella en donde llegaron al acuerdo de que sería despedida sin justa causa y se le pagaría su indemnización más una bonificación por mera liberalidad de $1.000.000, a lo cual la accionante aceptó sin ningún inconveniente. Adujo que la Empresa nunca ocultó que la despediría sin justa causa, y que a raíz de ello que concedió la indemnización. En cuanto a las patologías de la actora, dijo que la empresa no tuvo conocimiento de estas, pues las incapacidades presentadas fueron por una celulitis en el ojo y por un tema odontológico; que en ocasiones pedía permisos, pero estos eran para ir al Colegio de sus hijos. Afirmó que la demandante, entregó el cargo al otro trabajador

quién era su reemplazo, se encargó de presentarlo a los almacenes de cadena y pidió 8 días para esta entrega.

Descendiendo al caso de marras, se tiene que los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituyen salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales.

Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias radicadas con SL4342-2020 y SL5159 de 2018, lo siguiente:

> Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.
>
> Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo

de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.

Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

> El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».
>
> La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).
>
> Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.
>
> Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.
>
> Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

De acuerdo al estudio desplegado en sede extraordinaria se concluye que la prima extralegal acá denominada «PNO CONST. SAL» constituye salario ante la ausencia de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que debe seguirse la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.

Aquí, conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los

> beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida, carga que acá no se verificó (CSJ SL5159-2018 y CSJ SL12220-2017).

A juicio de la aludida Corporación, no obstante dicha facultad, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del CST para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (CSJ SL1798-2018).

Descendiendo al caso que nos ocupa y como ya se refirió en el problema jurídico referenciado con anterioridad, la sinopsis del caso se circunscribe a establecer si las comisiones y bonos por tope de ventas, son constitutivas de salario. En el caso de las comisiones, como ya fue señalado, estas constituyen salario pues se encuentran claramente establecidas en el artículo 127 del CST; es así que, al realizar un barrido de las pruebas documentales allegadas al proceso por cada una de las partes, se advierte que en efecto la demandada Cable Servicios SA, cancelaba mes a mes, las siguientes comisiones:

- 01 a 30 de abril de 2015, por valor de quinientos veintiséis mil trescientos treinta y seis pesos ($526.336). fls. 21.
- 01 a 15 de enero de 2014, por valor de un millón doscientos doce mil ciento ochenta y cuatro pesos ($1.212.184). fls. 21.
- 01 a 15 febrero de 2013, por valor de doscientos sesenta y tres mil pesos ($263.000). fls. 21A.
- 01 a 15 marzo de 2013, por valor de trescientos setenta y un mil setecientos cincuenta y dos pesos ($371.752). fls. 22.
- 01 a 15 de abril de 2013, por valor de ciento un mil novecientos pesos ($101.900). fls. 23.
- 01 a 15 de octubre de 2013, por valor de tres millones trescientos cuatro mil ciento setenta y cinco pesos ($3.304.175). fls. 25.

- 01 a 15 de noviembre de 2013, por valor de un millón doscientos veintidós mil novecientos noventa y cinco pesos ($1.222.995). Fls. 26.
- 01 a 15 de diciembre de 2013, por valor de cuatrocientos sesenta y tres mil doscientos ochenta y cinco pesos ($463.285). fls. 27.
- 01 a 15 de enero de 2014, por valor de un millón doscientos doce mil ciento ochenta y cuatro mil pesos ($1.212.184). fls. 27.
- 01 a 15 de diciembre de 2012, por valor de doscientos treinta y ocho mil doscientos pesos ($238.200). fls.28.

Asimismo, esta Sala de Decisión, evidenció que, en las liquidaciones de prestaciones sociales y demás emolumentos, estaban incluidas las comisiones que en esta oportunidad solicita el recurrente, tal como pasa de verse:

- Liquidación prima de servicios de julio a diciembre de 2013, donde fue incluida como promedio de comisiones la suma de novecientos setenta y cuatro mil trescientos dieciséis pesos ($974.316). fls. 28.
- Liquidación intereses de cesantías de 2013, donde fue incluida como promedio de comisiones la suma de seiscientos dieciocho mil trescientos noventa y cuatro pesos ($618.394). fls. 30.
- Liquidación de vacaciones septiembre de 2014 a septiembre de 2015, donde fue incluida como promedio de comisiones la suma de quinientos sesenta y dos mil ochocientos ochenta y siete pesos ($562.887). fls. 34.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, donde se observa que el salario de la demandante incluía las comisiones devengadas mensualmente. fls. 43-51.

De lo anterior, se advierte que las comisiones en efecto, fueron canceladas en debida forma según fueron causadas por la demandante, y que para el cálculo de las prestaciones sociales, así como los aportes en seguridad social y otros emolumentos, estas fueron tomadas como factor salarial. Ahora bien, en cuanto a las comisiones que manifestó el recurrente que no se encontraban probadas pues no existían comprobantes de recibido de los dineros en efectivo que le habían sido entregados a la demandante, esta Corporación al verificar las pruebas documentales arrimadas al plenario

en su debida oportunidad, así como las allegadas por Cable Servicios SA por orden del Despacho de primera instancia (Fls. 526-527) y las pruebas testimoniales, se pudo extraer que las comisiones por valor de un millón doscientos mil pesos ($1.200.000) no existían en la Compañía pues las únicas comisiones que eran canceladas a los trabajadores las que se encontraban contractualmente pactadas, esto es, las del 1% adicionales a su salario básico, tal como pasa de verse en la siguiente prueba documental:

- Contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el uno (01) de septiembre de dos mil once (2011), donde se estipuló que el salario de la actora sería de ochocientos mil pesos mensuales ($800.000). fls. 418.
- OTRO SI al contrato de trabajo, de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), donde se estableció que la demandante devengaría un salario básico por valor de ochocientos mil pesos ($800.000), más una bonificación de cuatrocientos mil pesos ($400.000), hasta el día veintiocho (28) de febrero de dos mil doce (2012), por las comisiones no liquidadas de tres meses. fls. 388.
- OTRO SI al contrato de trabajo, de fecha diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012), donde las partes pactaron que el salario de la demandante sería de ochocientos mil pesos ($800.000), y que a partir del uno (01) de junio de dos mil doce (2012), devengaría 1% por ventas a almacenes de cadena y 1% por recaudo o cobro a Ferretería y otros, más un auxilio de rodamiento por valor de trescientos mil pesos ($300.000), los cuales únicamente se contabilizarían para el pago del salario más no para las prestaciones sociales. fls. 389.
- OTRO SI al contrato de trabajo, de fecha catorce (14) de septiembre de dos mil doce (2012), donde se estipuló que a partir del uno (01) de septiembre de dos mil doce (2012), la demandante devengaría un salario básico de un millón de pesos ($1.000.000) fls. 390.
- OTRO SI al contrato de trabajo, del uno (01) de enero de dos mil trece (2013), donde se señaló que a partir del uno (01) de enero y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil trece (2013), el salario de la demandante ascendería a la suma de un millón cincuenta mil pesos ($1.050.000). fls. 391.

- OTRO SI al contrato de trabajo de fecha del uno (01) de enero de dos mil quince (2015), donde se establece que la suma de trescientos mil pesos ($300.000), por auxilio de rodamiento, no constituye factor salarial ni prestacional. fls. 392.
- Memorando de fecha veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016), donde la sociedad demandada le informa a la actora, que su asignación salarial, incrementaría a un millón doscientos mil pesos ($1.200.000). fls. 393.

Para el efecto y de conformidad con las reglas de la sana crítica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPTSS, de las documentales que reposan dentro del plenario, se evidencia que a la demandante en el transcurso de la relación laboral, la cual fue por el periodo comprendido entre el uno (01) de septiembre de dos mil once (2011) a veinticuatro (24) de junio de dos mil dieciséis (2016), le fueron cancelados pagos constantes por bonificaciones, los cuales eran constitutivos de salario, situación que quedó demostrada y que no fue negada en ningún momento por la parte demandada, por lo que este punto en concreto habrá de confirmarse.

Ahora bien, en cuanto a los denominados Bonos por tope de ventas, encuentra la Sala que estos tampoco fueron demostrados, pues, aunque la testigo Jensy Parra, quien valga decir fue la única que señaló que esos bonos sí existían y adujo que los reconocían mensual, trimestral o semestralmente, esta situación no fue demostrada de manera clara, ya que por otro lado, las testigos Jenny Andrea Flórez Jiménez y María Fernanda Miranda Flórez, fueron contundentes en señalar que la empresa no tenía la práctica de entregar bonos o bonificaciones, pues el único emolumento que se entregaba adicional al salario básico, eran las comisiones como ya fue mencionado.

Aunado a ello, se pudo observar que ni en el contrato de trabajo suscrito por las partes, ni en los OTRO SI, se contempló un bono por tope de ventas, así como ninguna bonificación adicional por cumplimiento de metas.

Así entonces, la ausencia de material probatorio le indica a esta Corporación que la demandante no probó suficientemente el hecho en que basa su acusación, por lo que sus pretensiones al respecto no pueden ser acogidas. Es claro, que en aplicación de los principios generales que regulan la actividad probatoria, es menester que quien afirma un hecho le corresponde la carga de probarlo a través de los mecanismos consagrados como idóneos por la ley para tal efecto, so pena de infringir el principio *ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI* e impedir como consecuencia de dicha infracción que las resultas del fallo pudieren resultarle favorables.

Al respecto ha expresado la Honorable. Corte Suprema de Justicia en Casación del 31 de Mayo de 1947 ("G. del T.", T. II, Pág. 156), como jurisprudencia admitida y reiterada lo siguiente:

> Sabido es que en materia probatoria es principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas, ha sido tenida como conforme con la razón y con los demás elementos dictados de la justicia. Siendo que la prueba es el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

Y, en Sentencia del 17 de Marzo de 1.951 ("G. del T.", t. IV, Pág. 144, se expresa:

> El principio que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas tiene validez general en el Derecho Laboral Colombiano, que ha creado un conjunto de reglas para facilitar ciertamente la demostración en juicio de los hechos debatidos, inspirándose al efecto en los principios propios de esta nueva disciplina jurídica, pero sin que los juzgadores puedan producir decisiones en conciencia. Por esto ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el nuevo derecho no implica relevo de pruebas, es tanto más valedera cuanto que existe un Código Procesal del Trabajo que regula la manera de hacer valer en juicio los medios legales de pruebas y del sistema probatorio que rige esta clase de litigios, lo cual justifica la producción de los fallos conforme a las reglas de derecho establecidas y no en conciencia.
>
> Hay prestaciones que pueden librarse judicialmente en condiciones sumamente ventajosas para el trabajador, desde el punto de vista de la carga probatoria, porque sólo requieren la

demostración de la existencia del contrato de trabajo con sus modalidades de tiempo servido y salario devengado y la de su terminación para que proceda el reconocimiento de los derechos que surgen de aquellos solos hechos, tales como los de cesantía y vacaciones disfrutadas.

RELIQUIDACIÓN INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, RENUNCIA INDUCIDA y ESTADO DE SALUD DE LA DEMANDANTE

Frente a la solicitud de reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, del estudio de la renuncia inducida y referente al estado de salud de la demandante, esta Corporación encuentra que dichas peticiones no fueron consignadas en el acápite de pretensiones ni en el escrito de demanda, pues lo solicitado por la parte actora fue:

DECLARACIONES:
PRIMERO: Que se DECLARE, que entre la empresa **CABLE SERVICIOS S.A,** y mi poderdante señora **MIRTA ELENA ROSALES MARTÍNEZ**, existió un Contrato de Trabajo Escrito a Término Indefinido, que inicio el día primero (1°) de septiembre del año dos mil once (2011), el cual se firmó en un formato Minerva, y este fue cambiado en el mes de Noviembre del año 2015, por la "Jefe de Recursos Humanos" señora María Fernanda Ramírez, por el con trato actual que se presenta, a donde se cambiaron unos términos en sus cláusulas, y este contrato terminó unilateralmente por causa imputable al Empleador, el día veinticuatro (24) de Junio del año dos mil dieciséis (2016),

SEGUNDO: Que se DECLARE, que la empresa CABLE SERVICIOS S.A, convino con mi poderdante por la contraprestación inicial de la labor contratada, un salario mensual inicial de una retribución fija mensual de Ochocientos Mil Pesos ($800.000) M/te, más una base garantizada a título de bonificación por los primeros cuatro (4) meses de Cuatrocientos Mil Pesos ($400.000) M/te, recibiendo un total de Un Millón Doscientos Mil Pesos ($1.200.000) M/te; más la comisión fija del uno porcientos (1%) sobre las ventas que se realizaran mensualmente; y la suma de Trescientos Mil Pesos ($300.000) M/te, por el auxilio mensual del rodamiento del vehículo el cual utilizaba para el servicio de la empresa, en sus labores diarias,

TERCERO: Que se DECLARE, que a mi poderdante en virtud de la relación laboral se le adeudan sus Prestaciones Sociales a que tiene derecho, ajustadas al valor real que devengaba.

CUARTA: Que se DECLARE, que durante la relación laboral que existió entre mi Poderdante y la Demandada, los pagos a la seguridad social, no se realizaron acorde con lo realmente devengado.

CONDENAS:
Solicito como consecuencia de las anteriores declaraciones se profieran las siguientes CONDENAS a la empresa **CABLE SERVICIOS S.A.**, identificada con el NIT N° 830.045.053-5:
1. Que se CONDENE, a pagar las diferencias que existen del valor realmente devengado al que fue cotizado a la EPS FAMISANAR.

2. Que se CONDENE, a pagar las diferencias que existen del valor realmente devengado al que fue cotizado a la Pensión en COLPENSIONES.

3. Que se CONDENE, a pagar las diferencias que existen del valor realmente devengado al que fue cotizado por Cesantías, al Fondo de Cesantías.

4. Que se CONDENE, a pagar las diferencias que existen del valor realmente devengado al que fue cancelado por concepto de Cesantías, Intereses de Cesantías, Prima, Vacaciones que se realizaron en la Liquidación de las Prestaciones Sociales, "final".

5. Se CONDENE a la Demandada, a pagar a mi Poderdante los salarios adeudados a título de sanción por la **TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO SIN**

JUSTA CAUSA por culpa atribuible a la Empleadora, teniendo en cuenta el ingreso promedio recibido por la actividad que desplegaba al momento de su retiro, promediada en una suma superior a Un Millón Setecientos Siete Mil Pesos ($1.707.000) M/te, mensuales, y por fracción correspondiente, sin perjuicio de determinarse elementos adicionales que constituyan factor salarial (Art. 64 C.S.T.).

6. Que se CONDENE, a la Demandada a pagar la SANCIÓN MORATORIA contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por no haberse cancelado oportunamente y en debida forma, a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos. La presente condena deberá extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

7. Que los valores solicitados que puedan corresponder a los anteriores derechos y/o prestaciones y a título de CONDENA, deben ser debidamente **INDEXADOS** desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando se haga efectivo su pago.

8. Se CONDENE a la Demandada, en cualquier otro derecho Legal o extralegal teniendo en cuenta los hechos probados dentro del proceso en que pueda ser condenada extra y Ultra-Petita, y de acuerdo a las prerrogativas en derecho,

9. Que se CONDENE, a la parte DEMANDADA, al pago de los Gastos, Costas y Agencias en Derecho que correspondan.

En este entendido, no se observa que en efecto lo perseguido por la demandante, fuera una reliquidación de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST, ni la declaratoria de renuncia inducida y mucho menos discutir su estado de salud, pues en primer lugar no fue solicitado, y sumado a ello, la Juez de primera instancia fijó el debate probatorio en determinar la procedencia de reliquidación de salarios y prestaciones sociales por factores salariales no incluidos y la validez del contrato de transacción, sin que existiera oposición de parte del recurrente frente a la fijación del litigio; adicionalmente, el estudio de la demanda fue abordado de tal manera, por lo que a juicio de esta Sala de Decisión, este no es el momento procesal para modificar las pretensiones solicitadas pues esta oportunidad feneció con la no presentación de reforma de demanda. En razón de ello, la Sala no procederá al estudio de dichas peticiones.

Bajo esta óptica, y al haberse analizado todos los puntos de la alzada formulada, la Sala no tiene otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia al no haberse causado.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá,

VII. **RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

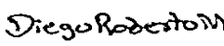
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Surtido el trámite en esta instancia en oportunidad devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-**010-2019-00457**-01

Demandante: **DIEGO FERNANDO BARRETO CARVAJAL**

Demandada: **SMART SECURITY LTDA.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a surtir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

Diego Fernando Barreto Carvajal llamó a juicio a Smart Security Ltda., para que se declarara que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de diciembre de 2014; que es ineficaz el despido realizado por la sociedad por no mediar una justa causa para el despido, teniendo en cuenta la vigencia de la convención colectiva que regía para la época de los hechos, la cual garantizó la estabilidad laboral a los trabajadores sindicalizados.
Por lo anterior, se ordene a la sociedad SMART SECURITY LTDA a que lo reintegre, y por ende, continuar en las mismas o superiores condiciones del contrato suscrito. De la misma forma, se condene a la demandada pagarle la

indexación correspondiente a lo pretendido, al pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, al pago de cualquier otro derecho legal o extralegal con base en los hechos probados dentro del proceso que resulten ultra y extra petita, y al pago de los perjuicios y costas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que fue vinculado laboralmente en la sociedad SMART SECURITY LTDA mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 18 de diciembre de 2014 hasta el 13 de octubre de 2018, siendo contratado para desempeñar el cargo de Supervisor Motorizado, devengando un salario mensual de $1.020.000. Explicó que se afilió el día 10 de abril de 2015 al Sindicado Nacional de los Trabajadores de la Industria de Vigilancia y Seguridad Privada –SINTRAVIP. Manifestó que, en el año 2015, al momento que se afilió a SINTRAVIP, se inició por parte de la empresa empleadora una serie de cambios en las condiciones de trabajo, que generaron presión laboral, además le atribuyeron una serie de faltas en donde fue llamado a descargos en múltiples oportunidades, sin respetar sus derechos sindícales, donde le impusieron sanciones desproporcionadas frente a los cargos que le endilgaban. Relató que, para abril del año 2016, fue remitido a la EPS y ARL para atender un problema de estrés laboral.

Explicó que, en diciembre de 2017, después de varios meses de terapias psicológicas y psiquiátricas asistió a una evaluación médica laboral en la cual fue diagnosticado con estrés laboral debido a inconvenientes laborales de salud y relaciones personales, por lo que, en mayo de 2018, debido al continuo estrés laboral la ARL SURA solicitó a SMART SECURITY LTDA los documentos necesarios para iniciar el trámite de calificación de origen de la enfermedad. Indicó que el 13 de octubre de 2018, la empresa demandada le informó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa, sin manifestarle un motivo justificado para el despido, frente a lo cual se negó a firmar, resaltó que como consecuencia del despido sin justa causa del cual fue objeto, no se realizaron los trámites correspondientes para la calificación de origen de la enfermedad que padecía por su estrés laboral, incumpliéndose con lo estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la empresa SMART SECURITY LTDA y el Sindicato SINTRAVIP Fl. 95 a 101).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **SMART SECURITY LTDA**, contestó la demanda aceptando los hechos 4°, 5°, 12°, 14° y 15°, referentes a la forma de pago de su salario, así como lo relativo a la afiliación del demandante al sindicato SINTRAVIP, lo concerniente al artículo 8 de la Convención Colectiva de Trabajo, como también el pago de su liquidación y la terminación del contrato; respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a las mismas.

En su defensa explicó que al momento de la terminación del contrato de trabajo no se encontraba obligada a invocar justa causa, razón por la cual la empresa efectuó el reconocimiento de la indemnización legal prevista, pretendiendo dar efecto de irredimible a la obligación derivada de la vinculación contractual del extrabajador, sin desconocer la Convención Colectiva invocada como fundamento de la solicitud de reintegro solicitado, en consecuencia, estimó que no existe fundamento legal ni contractual alguno que dé respaldo a la pretensión así formulada. Por lo anterior, le fue pagada la terminación del contrato y las prestaciones debidas al demandante, según se confesó en el hecho 14 de la demanda y al no adeudarse ningún concepto consideró que no procede el reconocimiento de lo planteado. Adicionalmente, aclaró que las sanciones de que fue objeto el señor Barreto estuvieron precedidas del adelantamiento del debido proceso, habiéndose practicado en cada oportunidad diligencia de descargos, siendo analizadas las mismas y con base en los antecedentes disciplinarios, tomándose en cada oportunidad la determinación que le fue comunicada al actor.

Propuso como excepciones de fondo las de «pago», «inexistencia de las obligaciones», «cobro de lo no debido» y «buena fe». (Fl. 117 a 121).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 23 de noviembre del año 2021, resolvió:

> PRIMERO: DECLARAR que entre DIEGO FERNANDO BARRETO CARVAJAL Y LA SOCIEDAD SMART SECURITY LTDA, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 DE DICIEMBRE DE 2014 HASTA 13 DE OCTUBRE DE 2018, en el cargo de SUPERVISOR DE REACCION, devengando un salario para el año 2018 de $781.242 más auxilio de trasporte por $88.211 y que termino sin justa causa por parte del empleador. De conformidad a la parte considerativa.
>
> SEGUNDO: SE DECLARAN PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PAGO y se absuelve a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y se CONDENA en costas a la parte demandante, tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de $500.000.
>
> TERCERO: DE NO SER APELADA LA SENTENCIA, súrtase el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad al art 69 del CPL Y SS [...].

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, aclaró que no existe discusión entre las partes frente a la existencia de un contrato laboral por las partes, sin embargo, encontró discusión en cuanto a la fecha de inicio del mismo, motivo por el cual se remitió al contrato de trabajo suscrito por las partes en el cual evidenció que la fecha de suscripción del mismo fue el 12 de diciembre de 2014 y la fecha de fin del mismo fue el 13 de octubre de 2018, según carta de terminación llegada al plenario. Estableció que, según el acervo probatorio se logró determinar que el salario del demandante estaba conformado por el salario básico de $781.241.00 más un auxilio de transporte de $88.211.00. Aclaró que no se controvirtió por las partes que el contrato se terminó con justa causa, pues en la carta de terminación se dejó indicado que éste finalizaba sin aducir una justa causa, como también se evidenció en la liquidación del contrato con el pago de la indemnización por despido sin justa causa. Indicó que en lo concerniente a la eficacia de la terminación del contrato sin justa causa en virtud al artículo 8 de la Convención Colectiva suscrita entre la demanda y SINTRAVIP, de acuerdo al marco normativo del CST, la mencionada Convención y el precedente jurisprudencial de la CSJ SCL Sentencia SL378 de 2018, el actor olvidó señalar el año de la Convención que cita y si esta se encontraba vigente, del mismo modo, advirtió que la Convención Colectiva a la cual se refiere el accionante al no es precisa, más

aún cuando en los testimonios no se tuvo claridad propuesta como fundamento de las pretensiones, enfatizó que una vez estudiado el material probatorio allegado, el Despacho no encontró documento que se encuentre suscrito por las partes. Advirtió que, si bien es cierto, la Convención Colectiva es ley para las partes, deben cumplirse unos requisitos, y, respecto a ello, dentro del expediente no existe nota de depósito de la misma, resaltando que, según lo conceptuado por el alto tribunal, son válidas las copias simples de Convenciones Colectivas, pero estas deben aportarse con nota de depósito, no obstante, advirtió que, en lo referente a la constancia de depósito independiente del 30 de abril de 2018, se establece que el número de folios es 66, mientras que el documento aportado por el demandante es de 10 folios, aunado a ello, manifestó que, según se señala en su encabezado, la Convención es de fecha del 21 de octubre de 2015, en la cual se encuentra incorporado el resuelve del recurso de homologación del laudo de la CSJ y por tanto, su ejecutoria el 08 de marzo de 2018, de lo que señaló que los 15 días hábiles vencieron el 05 de abril de 2018 y el depósito de realizó el 30 de abril de 2018, no haciéndose en el momento normativo oportuno y por lo tanto, dicha Convención no produce efecto, por tal motivo, el Despacho no encontró demostrado documento válido de la Convención Colectiva del cual haga alusión en el artículo 8 a la estabilidad laboral, incumpliendo la parte actora su carga probatoria, razón por la cual, la terminación del contrato se enmarcó dentro de la facultad del articulo 64 del CST. En cuanto a la estabilidad laboral reforzada y el acoso laboral señalado por la parte actora, manifestó que ello no hizo parte de las pretensiones ni de los fundamentos de derecho del libelo demandatorio. Finalmente, en lo relativo al pago inoportuno de las prestaciones sociales, fue hecho de confesión plasmado en la demanda que al momento del despido se entregó la respectiva liquidación junto con la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST y así se dejó ver también en la liquidación firmada por el accionante allegada al Despacho y no tachada por la parte actora, donde también se establece el pago de las prestaciones sociales correspondientes; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y pago propuestas por la demandante.

I. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación argumentando que, se aportó dentro del proceso todas las pruebas tendientes a demostrar que para la época del despido existía una Convención Colectiva vigente, reconocida para la fecha de despido del demandante por parte de la testigo Sandra, adicionalmente, argumentó que se aportó en oportunidad la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo; señaló que en cuanto a la estabilidad laboral reforzada se pretendió demostrar que hubo un despido sin justa causa que se debió a una persecución sindical de la cual estaba siendo objeto el demandante para la época de los hechos. Reiteró que, a la fecha del despido del trabajador, la Convención Colectiva se encontraba vigente y regia para ese momento, asimismo indicó que el acoso laboral alegado también pretendió demostrar la mala fe de la demandada, finalmente agregó que para el año 2017, estando en curso el conflicto colectivo del trabajo, el demandante fue llamado a descargos en múltiples oportunidades por los mismos hechos al no cumplir con un traslado de lugares en 15 minutos y esto fue motivo del despido.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte demandada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la finalización del vínculo laboral ejecutado entre las partes, obedeció a las justas causas alegadas por el empleador.

II. CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo, los extremos de la relación, el salario

devengado y el cargo desempeñado por la demandante, no fueron objeto de debate por los sujetos procesales.

Con el fin de dar un orden metódico a los puntos de inconformidad en que se edifica la alzada, en primer término, se adentrará esta Sala de Decisión a resolver si en virtud de aludida cláusula 8° convencional, le era dable o no a la demandada dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 64 del CST, con el pago de la respectiva indemnización.

En tal sentido, sea lo primero indicar que no se encuentra en discusión que el demandante es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre **SMART SECURITY LTDA** y la organización sindical **SINTRAVIP,** dicho convenio colectivo, pactado el 21 de octubre de 2015, fue dirimido por la CSJ SCL mediante Sentencia proferida el 14 de febrero de 2018 la cual decidió anular parcialmente el articulo 26 de la parte resolutiva respecto del primer inciso y el literal a, sin embargo, mantuvo indemne lo demás acordado. Dicho lo anterior, debe precisarse lo atinente a las formalidades legales para la validez de dicha Convención, de lo cual se tiene que, el artículo 469 del CST, establece lo siguiente:

> *«Articulo 469. Forma. La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.».*

Lo anterior, contrasta con la nota de depósito allegada al expediente visible a folio 89, la cual señala como fecha de provisión el 30 de abril de 2018, por lo que es dable afirmar que dicha constancia de depósito no cumple con este requisito establecido en la Ley al haberse allegado extemporáneamente, y, siendo clara la norma al declarar que, de no cumplir con el lleno de los requisitos, la Convención Colectiva no produce ningún efecto.

Ahora bien, recordemos que el artículo 64 del CST dispone que *«en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada,*

por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización...» en los términos que allí se señalan.

En el caso de marras, como ya se explicó, el contrato de trabajo fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador (fl. 136), de igual modo, se le canceló la respectiva indemnización en los términos legales antes explicados (fls. 137-139). Ahora bien, la parte actora pretende el reintegro con el respectivo pago de salarios y prestaciones que del mismo se desprende, no obstante, de ese contexto normativo, de entrada, se avizora que no tiene vocación de prosperar el reintegro que se solicita desde el libelo introductor, en primera medida porque dicha cláusula convencional no resulta aplicable como ya se explicó al no cumplir con el lleno de los requisitos legales establecidos en el artículo 469 del CST, y en segundo lugar porque el empleador se puede sujetar a lo establecido en el artículo 64 del CST, esto es, dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin invocar motivo alguno y desde luego indemnizar al trabajador afectado con tal decisión.

De otro lado, en cuanto a lo aducido por el convocante a juicio respecto de las conductas de persecución sindical por parte de la parte demandada, es menester rememorar lo ya expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T-657/09, en la cual se refirió a los criterios fijados por la Ley y los tratados internacionales para determinar si el actuar se enmarca dentro de la violación al derecho de asociación sindical, en ese contexto, ha precisado la alta corporación que *«resultan contrarias al derecho de asociación sindical las conductas del empleador que desconozcan el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos, o afiliarse a éstos; o que promuevan su desafiliación, o entorpezcan o impidan el cumplimiento de las gestiones propias de los representantes sindicales, o de las actividades que competen al sindicato, o que adopten medidas represivas contra los trabajadores sindicalizados o que pretendan afiliarse al sindicato en razón de dicha condición. También se afecta ese derecho cuando se desconoce u obstaculiza por el empleador el ejercicio del derecho a la negociación colectiva o del derecho de huelga, en los casos en que ésta es permitida.»* En tal medida, dentro del expediente no obra prueba siquiera sumaria que demuestre que el empleador desplegó conductas

tendientes a abatir los propósitos sindicalistas de SINTRAVIP o a perseguir dolosamente las labores que sus asociados desempeñaban, por el contrario, el empleador en legal forma se ciñó a los lineamientos que la norma laboral consagra al margen del debido proceso.

Finalmente, en lo que concierne a las alegaciones de mala fe por parte del empleador señaladas por la parte actora, debe recordarse que según lo dispuesto en el artículo 55 del CST, este principio se enmarca dentro del buen obrar ético y moral con ocasión del contrato de trabajo y de todas las cosas que de este emanen, en tal sentido, se logra colegir de las documentales arrimadas al proceso, las actuaciones desplegadas por el empleador estuvieron circunscritas a un actuar leal y consecuente, que no denotan engaños o intensiones adversas al cumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo suscrito.

Así las cosas, no queda otro camino a la sala que confirmar la sentencia de primer grado, como quiera que no hay lugar al reintegro solicitado, quedando así agotada la competencia de esta Corporación, con la resolución del recurso interpuesto. Así se decidirá, sin costas en esta por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

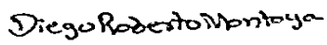
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Proceso Ordinario Laboral: 110013105-**015-2018-00286**-01.

Demandante:	**LUIS LIBARDO FORERO RUIZ**
Demandada:	**MODERNIZACIÓN VIAL DE COLOMBIA MASORA & FCM- MVC S.A.S, MUNICIPIOS ASOCIADOS DEL ALTIPLANO DEL ORIENTE ANTIOQUEÑO-MASORA, FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS Y ASESORIAS GLOBALES DE COLOMBIA S.A.S**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a surtir el estudio frente al recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 02 de octubre 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

Luis Libardo Forero Ruiz llamó a juicio a Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC S.A.S. y Municipios Asociados del Altiplano del Oriente Antioqueño-Masora, Federación Colombiana de Municipios y Asesorías Globales de Colombia SAS con la finalidad de que se declara: la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC S.A.S. a partir del 2 de octubre de 2015, el cual terminó por justa causa imputable al empleador; que Municipios Asociados del Altiplano del Oriente Antioqueño-Masora, la

Federación Colombiana de Municipios y Asesorías Globales de Colombia SAS en calidad de accionistas de Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC S.A.S son solidariamente responsables.

En consecuencia, se condenara solidariamente a las demandadas al pago de los salarios causados entre el 1° de marzo y el 17 de mayo de 2016; a la indemnización por terminación unilateral del contrato imputable a su empleadora; de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, pensión y ARL de los tres meses anteriores a la terminación del contrato, ante las entidades donde se encontraba afiliado el trabajador; la sanción prevista en el artículo 65 del CST.

Fundamentó sus pretensiones, en que suscribió un contrato a término indefinido con Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC S.A.S. cuya vigencia se inició el 02 de octubre de 2015; que fue contratado para desempeñar el cargo de «*Coordinador de Tránsito y Transporte*», pactando una remuneración mensual $6.443.500, bajo la modalidad de salario integral, a la cual se le incluyó un factor prestacional de $1.933.050 para un total de $8.376.550; que a partir del mes de marzo de 2016, Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC SAS dejó de cancelarle los salarios y que por tal razón el 17 de mayo de 2016 presentó carta de terminación de contrato de trabajo por justa causa imputable al trabajador.

Esgrimió, que el último salario devengado al terminar su contrato en el año 2016 fue de $8.962.915, por lo que la demandada le adeuda el salario de los meses de marzo, abril y diecisiete (17) días de mayo del año 2016, las vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, así como la indemnización por terminación del contrato con justa causa imputable al empleador y no cumplió con su obligación de pagar los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y ARL durante los tres (3) meses anteriores a la finalización del vínculo laboral.

Sostuvo haber enviado comunicación a los socios de Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC SAS y que a través de su representante legal, se le manifestó que la empresa se encuentra en causal de disolución y liquidación desde septiembre del año 2015; dentro del mismo documento,

la demandada aseveró que está pendiente de realizar el pago de salarios, prestaciones sociales y seguridad social adeudando la suma de ciento ochenta y ocho millones doscientos dos mil novecientos cinco pesos ($188.202.905) y que la sede administrativa ubicada en Bogotá sería cerrada al público. Sin embargo, observo que, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, la empresa Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC S.A.S. no se encuentra en estado de liquidación y que los directivos de la empresa no tienen ninguna intención de pagar sus acreencias laborales.

Finalmente, informó que realizó reclamaciones administrativas de las acreencias laborales ante Municipios Asociados del Altiplano del Oriente Antioqueño-Masora, una entidad de derecho público que es accionista de Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC SAS y a la accionista Federación Colombiana de Municipios las cuales, fueron contestadas de forma desfavorable el 9 y 26 de septiembre de 2017 y que Asesorías globales de Colombia SA también es accionista de Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC S.A.S. (Exp. Digital: «*01Expediente2018286.pdf*». Fls. 6 a 17).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La Federación Colombiana de Municipios contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, respecto a los hechos, admitió los relacionados con la carta de terminación del contrato de trabajo, la naturaleza de las entidades, la reclamación administrativa en procura del pago de las acreencias laborales y la calidad de accionista de la sociedad demandada, respecto a los demás hechos adujo no constarle y que deberán ser probados dentro del curso del proceso.

En su defensa, explicó que si bien el demandante tuvo un vínculo laboral con la empresa Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC SAS, no se logra configurar dentro del proceso la solidaridad con la Federación Colombiana de Municipios y la sociedad Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC SAS, en razón a que esta tiene una personería jurídica distinta a la de sus accionistas, gozando de autonomía técnica, administrativa y financiera, quien daba órdenes, impartía instrucciones,

señalaba horarios y sitios donde se debía ejecutar la labor, hechos que demuestran la inexistencia de una responsabilidad solidaria respecto del trabajador.

Formuló como excepciones de fondo, las de *«Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva de la Federación Colombiana de Municipios»*, *«Prescripción»*, *«Inexistencia del Derecho Reclamado»*, *«Buena Fe»*, *«Cobro de lo No Debido»* y *«Genérica»* (Fls. 160 a 166).

A su turno, Municipios Asociados del Altiplano del Oriente Antioqueño, Masora, rechazó las pretensiones, con relación a los hechos, aceptó los referentes al contrato de trabajo con Modernización Vial, el cargo, la terminación del mismo, la naturaleza de las entidades, la reclamación administrativa en procura del pago de las acreencias laborales y la calidad de accionista de la sociedad demandada, respecto a los demás adujo no constarle.

En su defensa, explicó que si bien el demandante tuvo un vínculo laboral con la empresa Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC SAS, no se logra configurar dentro del proceso la solidaridad con Municipios Asociados del Altiplano del Oriente Antioqueño, Masora, y la sociedad Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC SAS, en razón a que esta tiene una personería jurídica distinta a la de sus accionistas, gozando de autonomía técnica, administrativa y financiera; además quien daba órdenes, impartía instrucciones, señalaba horarios y sitios donde se debía ejecutar la labor era la sociedad Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC SAS, hechos que demuestran la inexistencia de responsabilidad respecto del trabajador.

Formuló como excepciones de fondo, las de *«Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva de la Federación Colombiana de Municipios»*, *«Prescripción»*, *«Inexistencia del Derecho Reclamado»*, *«Buena Fe»*, *«Cobro de lo No Debido»* y *«Genérica»* (Fls.196 a 202).

Las demandadas Modernización Vial de Colombia Masora & FCM- MVC S.A.S. y Asesorías globales de Colombia S.A.S. contestaron la demanda a

través de Curadora Ad Litem, aduciendo no constarle los hechos. Frente a las pretensiones solicitó que se nieguen.

Propuso excepciones de mérito: «*Genérica*», «*Prescripción*», «*Cobro de lo no Debido*» e «*Inexistencia del Derecho*» (Fls. 238 y 239).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día nueve (09) de febrero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

> **PRIMERO: DECLARAR** que, entre el señor demandante, **LUIS LIBARDO FORERO RUIZ** y la sociedad **MODERNIZACIÓN VIAL DE COLOMBIA MASORA & FCM – MVC S.A.S**. existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 2 de octubre de 2015 y tuvo vigencia hasta el 17 de mayo de 2016, ejecutando o desempeñando el cargo de COORDINADOR DE TRANSITO Y TRANSPORTE, devengando un salario integral al momento de la terminación del vínculo por valor de $8.962.915 pesos, conforme se expuso en la parte motiva.
>
> **SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad **MODERNIZACIÓN VIAL DE COLOMBIA MASORA & FCM – MVC S.A.S**. a pagar al demandante las siguientes sumas:
>
> a) Por concepto de salarios la suma de $23.004.815.
> b) Por concepto por indemnización por despido la suma de $8.962.915.
> c) Por concepto de indemnización moratoria, prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta, desde el momento de la terminación 17 de mayo de 2016 hasta el momento en que se verifique el pago sobre el valor $23.004.815.
> d) **CONDENAR** a la sociedad MODERNIZACIÓN VIAL DE COLOMBIA MASORA & FCM-MVC S.A.S. al pago de los correspondiente a los aportes a la seguridad social comprendido entre el 1° de marzo al 17 de mayo del año 2003 y en el subsistema de pensiones al fondo al que se encuentre afiliado el señor demandante teniendo en cuenta para su liquidación y pago esos aportes con intereses moratorios un salario de $6.824.050 todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.
>
> **TERCERO: ABSOLVER** a las codemandadas **MUNICIPOS ASOCIADOS DEL ALTIPLANO DEL ORIENTE ANTIOQUEÑO MASORA, FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS** y **ASESORIAS GLOBALES DE COLOMBIA S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, conforme se expuso en la parte motiva.
>
> **CUARTO: DECLARAR NO DEMOSTRADAS** las excepciones propuestas por la parte demandada a través de su curadora ad lítem de DEMANDADA MODERNIZACIÓN VIAL DE COLOMBIA MASORA & FCM –MVC S.A.S. y demostrada la excepción propuesta por las otras tres demandas respecto a la **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD**.
>
> **QUINTO: CONDENAR** en **COSTAS** a la parte demandada MODERNIZACIÓN VIAL DE COLOMBIA MASORA & FCM –MVC S.A.S.,

> para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo y a favor del señor demandante lo correspondiente a 5 S.M.M.L.V para el año 2022 y **CONDENAR** al señor demandante a **COSTAS** para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo 1 S.M.M.L.V. para el año 2022. Un (1) salario a favor de MUNICIPIOS ASOCIADOS DEL ALTIPLANO DEL ORIENTE ANTIOQUEÑO MASORA, un (1) salario a favor de FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS y un (1) salario a favor de ASESORIAS GLOBALES DE COLOMBIA S.A.S.

Encontró demostrado que el actor prestó sus servicios a la demandada Modernización Vial de Colombia Masora & FCM – MVC SAS, quedando acreditada la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 2 de octubre de 2015 y el 17 de mayo de 2016. En cuanto al pago de salarios del 1° de marzo al 17 de mayo de 2016, precisó que conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral, dado el carácter de irrenunciable que tienen los salarios, basta la sola manifestación que haga el trabajador de que no ha recibido el pago de salarios, para que corresponda entonces la carga de la prueba al empleador y demuestre fehacientemente que los realizó, lo cual no esta acreditado en el presente caso, de tal modo que era procedente tal pretensión.

Respecto a la indemnización por despido sin justa causa, específicamente el despido indirecto, estimó, que le corresponde al trabajador demostrar el despido y la causal que se le imputa al empleador trasladando la carga de la prueba a este; hecho acreditado en el plenario conforme a la documental aportada, donde se evidenciaba que el demandante puso en conocimiento a su empleador la decisión de terminar el contrato invocando la justa causa que es el no pago de salarios, la cual se encuentra acreditada dentro del proceso, hallando procedente tal condena.

Respecto al pago de aportes a seguridad social integral, recordó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que dichos aportes tienen como fin proteger al trabajador de las contingencias, tanto de origen común como profesionales, pero que, en vigencia de la relación laboral, no tendría sentido condenar al pago de aportes a la salud o aportes a riesgos laborales cuando ya ha terminado el vínculo, ya que no podría enfermarse de forma retroactiva. Frente al reclamo por los aportes a pensión, mencionó que es carga de la prueba del empleador demostrar o acreditar frente a la manifestación que haga el trabajador de no habérsele pagado los respectivos aportes, precisando que dicha constancia no se

encuentra acreditada en el plenario; aunado ello, estimó que por tratarse de un derecho fundamental es procedente condenar al pago de los aportes a la seguridad social, lo cual debía pagarse sin perder de vista que el trabajador recibía un salario integral.

En lo que respecta a la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST por el no pago de salarios y prestaciones debidas, señaló que tal como lo ha indicado la jurisprudencia laboral, tal sanción no es automática sino que se debe mirar en cada caso particular si existe una actuación de buena o mala fe, estimando que en el presente asunto dada la situación de contumacia por parte de la empleadora, no se vislumbra en el plenario ninguna razón atendible para que no haya procedido a pagar en debida forma de las acreencias laborales al demandante, correspondiente a los salarios y los aportes a seguridad social, precisando que los problemas económicos de la empresa no pueden traer ninguna consecuencia frente a los derechos del trabajador, pues es uno de los riesgos que comporta ser empresario, por lo anterior, concluyó no haber existido buena fe que exonere al empleador del pago de dicha indemnización moratoria.

Respecto al pago de tal sanción, recordó que de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 789 de 2002 y debido a que el trabajador devenga un salario superior al mínimo legal y que la demanda se interpuso por fuera de los 24 meses que establece la ley, después de terminada la relación laboral, lo procedente era condenar a esta al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de los créditos de libre asignación fijados por la Superintendencia Bancaria, desde el momento en que se terminó el vínculo hasta que se verifique el pago.

Superado lo anterior, sostuvo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del CST y que la empleadora se trata de una sociedad simplificada por acciones y las codemandadas son sus socios, conforme a la Ley 1258 de 2008, este tipo de sociedades no responde por obligaciones laborales, salvo la excepción prevista en el artículo 42; indicando igualmente, que la norma que crea este tipo de sociedades no establece responsabilidad por parte de sus socios en materia laboral, siendo declarada exequible por la Corte Constitucional. De este modo, concluyó que, por tratarse la empleadora de una sociedad SAS no responden solidariamente los socios que se vincularon

al proceso en tal condición y por ello debía absolverse a las codemandadas de todas las pretensiones y condenas de que fue objeto el empleador teniendo en cuenta que no hay lugar a responsabilidad solidaria.

Finalmente, señaló frente a la condena en costas, que al tenor de lo previsto en el artículo 365 del CGP, la parte vencida debe ser condenada en costas, precisando que para este caso estarán a cargo de la demandada Modernización Vial de Colombia y respecto a las sociedades vinculadas, dado el resultado favorable a estas había lugar a condenar a la parte actora y en favor de estas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación con el objetivo de que se revoque parcialmente la decisión, específicamente en dos puntos, esto son, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la condena en costas a su cargo.

Frente al tema de la indemnización moratoria, señaló no compartir la interpretación dada al artículo 65 del CST, en lo que tiene que ver con las personas que devengan más de un salario mínimo, dado que conforme al numeral 1° y parágrafo 2° de esa norma, le es aplicable como quiera que se demostró que devengaba más de un salario mínimo, luego lo que procede es la condena a la indemnización moratoria, consistente en un día de salario hasta por 24 meses y a partir del mes veinticinco 25 solo hay lugar al interés moratorio; en cambio para los que devenguen un salario mínimo y menos se aplica ambos sin importar en qué momento se presenta la demanda. Que en el presente caso como la demanda fue presentada pasados los veinticuatro meses, si procede la cuantificación de la indemnización que se indicó en la demanda, tal como lo establece el inciso 1° del artículo 65.

En lo que tiene que ver con la condena en costas, indicó no encontrarse de acuerdo con tal condena respecto de Asesorías Globales de Colombia SAS, como quiera que tanto esta como la otra representada por curador ad litem, las que fueron debidamente notificadas, pero de acuerdo al artículo 29 del CPTSS; precisando que a pesar de que cumplió con la carga de notificarlas y que las empresas codemandadas no acudieron, no designaron un

profesional del derecho que los representara en este proceso y que gracias a la labor de la curadora se pudo seguir con el curso del proceso y que además, que por la labor de la curadora no se han generado honorarios, por lo que, consideró no tiene razón de ser que se condene en costas a su representado en favor de las empresas codemandadas cuando ni siquiera comparecieron, de ahí que se le deba exonerar de la misma.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandante presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada. Las accionadas guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si la indemnización moratoria concedida debe limitarse por 24 meses o por el contrario, debe concederse hasta que se produzca el pago efectivo de las prestaciones sociales y salarios adeudado; de igual modo, determinar si hay lugar a revocar la condena en costas impuesta a la demandante.

V. CONSIDERACIONES

Para revolver el problema jurídico planteado, es menester indicar que no son objeto de debate en esta sede judicial que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, frente al cual se adeudan entre otros emolumentos, salarios y prestaciones sociales; que el salario devengado correspondió a un salario integral al momento de la terminación del vínculo por valor de $8.962.915 y que la demandada debe pagar la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST. Todos estos aspectos encuentran fuera de discusión al no haber sido objeto de apelación.

En aras de resolver este punto de apelación, es de recordar que dicha sanción se encuentra consagrada en el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y a su tenor literal prescribe:

> 1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, 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, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria **o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial,** el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-781 de 2003).

Dicho precepto, fue explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL10632-2014, reiterada en la SL2805-2020, donde se adoctrinó:

> La anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.
>
> No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.
>
> Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.
>
> Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

> De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.
>
> Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo les asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico.
>
> Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, observa la Sala que la relación laboral que se suscitó entre las partes finalizó el 6 de abril de 2003 y la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 7 de julio de 2006 según se infiere del acta individual de reparto visible a folio 20, es decir, después de haber transcurrido 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual. En estas condiciones, al haber reclamado inoportunamente sus acreencias laborales, la demandante perdió el derecho a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retraso y solo les asiste derecho a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos. (Subrayas fuera del texto).

Vale advertir, además, que mediante sentencia CC C-038-2004, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del 2º inciso del parágrafo 2º del artículo 65 del CST, en el sentido de que en tratándose de trabajadores que devengan hasta un salario mínimo (que no es el caso que nos ocupa), la indemnización correspondería a un salario diario desde la terminación de la relación laboral, hasta la satisfacción de las obligaciones adeudadas.

En ese contexto, es claro que el entendimiento dado por el *a quo* a la norma en cita, se encuentra alineado con la interpretación esgrimida por la Alta Corporación, pues lo explicado es que el castigo impuesto al trabajador que no inicia las acciones ordinarias correspondientes dentro de los 24 meses, la condena corre únicamente como intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, excluyendo el derecho a un día de salario por cada día de mora para los primeros dos años, razón por la cual, no está llamada a prosperar este puntual aspecto de la alzada.

En lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que

resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida la parte accionante respecto de las accionadas de Municipios Asociados del Altiplano del Oriente Antioqueño Masora, Federación Colombiana de Municipios, incluso Asesorías Globales de Colombia S.A.S. con independencia de que haya estado representada por curador ad litem, desde luego, que no se observan causales para eximir al actor del pago de dicho rubro (CSJ SL1977-2021). Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada en tal sentido.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Las costas en esta instancia corren a cargo del demandante recurrente en la suma de medio SMLMV.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. **RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante recurrente, en la suma de medio SMLMV

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-**020-2019-00717**-01

Demandante:	**LUIS CARLOS INFANTE CUBILLOS**
Demandada:	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD INVERSIONES CORNEJO RUIZ LTDA.**

¿
Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a revisar los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de julio de 2021. Asimismo, revisará el aludido fallo en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Luis Carlos Infante Cubillos llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Sociedad Inversiones Cornejo Ruiz Ltda., con el fin de que se declarara que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del día 17 de noviembre del 2009, por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se condenará a las demandadas a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional desde la fecha de causación del derecho, esto es desde el 17 de noviembre de 2009, hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados más los reajustes anuales y los intereses moratorios a partir del primer día del quinto mes posterior a la reclamación realizada en el mes de agosto de 2018. Finalmente, se condene a las accionadas al pago de lo ultra y extra Petita.

Fundamentó sus pretensiones, en que: nació el 17 de noviembre de 1949, por lo que al 01 de abril de 1994 tenía 45 años de edad; el empleador "Hipódromo de Techo" lo afilió por primera vez al Instituto de Seguros Sociales el 1 de enero de 1972; laboró para Ana Elisa Cornejo Barragan propietaria del establecimiento comercial Panadería San Antonio el 15 de octubre de 1992, sin embargo, no realizó la cotización de aportes al Instituto de Seguros Sociales-ISS desde la fecha referida hasta el 31 de enero de 1995, equivalente a 118,42 semanas aproximadamente; mediante proceso de sucesión se adjudicó el establecimiento comercial referido a las sobrinas de la causante, señora Cornejo Barragan, esto es a Ana Lucía, Elizabeth, Edna Rocío y Luz Ángela Cornejo Ruiz, el que se denomina actualmente como Inversiones Cornejo Ruiz Ltda. de la cual las herederas son accionistas, en esa medida atendiendo los términos del artículo 67 del CST se configura una sustitución patronal.

Sostuvo que: Inversiones Cornejo Ruiz Ltda le certificó el tiempo laborado; mediante petición realizada a Colpensiones el 14 de mayo de 2015 pidió a Colpensiones la corrección de la historia laboral, quien mediante respuesta SEM-642942 del 30 de junio del mismo año refirió haber requerido al empleador respecto al pago de los periodos pendientes y; desde el año 2015 hasta el 2017 ha elevado derechos de petición ante Colpensiones, UGPP e Inversiones Cornejo Ruiz Ltda., respecto de la gestión de las semanas certificadas y dejadas de cotizar, no obstante, después de haber transcurrido 4 años, no ha obtenido respuesta sobre su prestación pensional.

Reprodujo lo establecido en los literales a) y b) del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, normativa que aseguró le es aplicable por pertenecer al régimen de transición y haber completado 553,71 semanas con las dejadas

de cotizar por Inversiones Cornejo Ruiz Ltda; que como aportó en calidad de trabajador independiente al Sistema General de Pensiones hasta el 31 de octubre de 2014 un total 1.072,43 semanas; el 30 de agosto de 2018, presentó solicitud a Colpensiones para el reconocimiento de la pensión de vejez, que le fue negada a través de la Resolución n.° SUB299892 del 19 de noviembre del mismo año, decisión que fue confirmada en forma reiterada en virtud de los diferentes recursos interpuestos (Exp. Digital: «*01 2019-717 Fl.114.pdf*». Fls. 56 a 66).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, contestó la demanda aceptando los hechos referentes a la edad del actor, así como los relativos a las distintas solicitudes pensionales que efectuó, con la consecuente negación del derecho; respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a las mismas.

En su defensa, explicó que: no reconoció el derecho prestacional solicitado pues la existencia de un contrato o vínculo laboral es una situación fáctica ajena a la entidad, máxime cuando no se tiene certeza del vínculo y no es responsable de las prestaciones socioeconómicas sino a partir de la fecha de inscripción o afiliación del trabajador; el demandante para el 1° de abril de 1994 contaba con 44 años y sólo cumplía con uno de los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición; con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, acreditaba la edad pero no el requisito de tiempo cotizado razón por la cual no era viable el reconocimiento de la prestación en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

Respecto al cálculo actuarial manifestó que no cuenta con la información necesaria que permita establecer la afiliación por los periodos faltantes aducidos por el demandante y es el empleador el responsable de reportar a la administradora de pensiones el inicio y terminación de la relación laboral.

Propuso como excepciones de mérito las de «*inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de*

intereses moratorios ni indemnización moratoria», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», e *«innominada o genérica»* (Exp. Digital: «*01 2019-717 Fl.114.pdf*». Fls. 92 a 108).

A su turno, Inversiones Cornejo Ruiz Ltda., admitió los hechos relacionados con el vínculo laboral con el actor, la falta de pago de aportes a seguridad social y las gestiones realizadas ante Colpensiones para la elaboración del cálculo actuarial y pago por las semanas no cotizadas a pensión. Frente a los demás supuestos indicó no constarle o ser ciertos parcialmente. Respecto a las pretensiones, manifestó que no se opone o acepta.

En su defensa argumentó que quien debe responder por las omisiones es la Colpensiones, correspondiéndole la elaboración del cálculo actuarial, solicitado múltiples veces, impidiendo realizar el pago correspondiente. No propuso excepciones (Exp. Digital: «*01 2019-717 Fl.114.pdf*». Págs. 80 a 83).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el veinte (20) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021), resolvió:

> **PRIMERO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante **LUIS CARLOS INFANTE CUBILLOS**, la pensión de vejez, en cuantía de un **SMLMV**, o sea de **$644.350** a partir del **30 de agosto del año 2015**, junto con las mesadas adicionales, los reajustes legales anuales y, debidamente indexadas mes por mes hasta el momento del pago conforme al I.P.C. certificado por el DANE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
>
> **SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad **INVERSIONES CORNEJO RUIZ LTDA**., al reconocimiento y pago del cálculo actuarial de qué trata el Art. 32 del Decreto 3041 de 1967, por falta de afiliación o afiliación tardía al régimen de pensiones de los periodos del 15 de octubre de 1992 hasta el 31 de enero de 1995 y de los que no se hayan sufragado oportunamente los aportes al sistema pensional existente para ese entonces y a los que se hizo alusión en precedencia, en el valor que para el efecto estime la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, quien tiene la obligación de efectuarlo conforme al mandato legal y teniendo como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente.
>
> **TERCERO: ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor **LUIS CARLOS INFANTE CUBILLOS**, de

> conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.
>
> **CUARTO: COSTAS** a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES e INVERSIONES CORNEJO RUIZ LTDA. Tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (02) SMLMV pagaderos a cuota parte.
>
> **QUINTO:** Si la presente providencia es o no apelada envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. […].

Consideró que se encontraba acreditado el hecho que el demandante era beneficiario del régimen de transición al tener cumplidos más de 40 años al 1° de abril de 1994, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con 795.41 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, acreditó el mínimo de las 750 semanas para conservar dicho régimen y por tanto, su prestación debía regirse por las reglas del Acuerdo 049 de 1990, no obstante advirtió, que en principio no cumplía con los requisitos de que trata el artículo 12 del citado Acuerdo, pues de acuerdo a la historia laboral acreditaba un total de 954 semanas al 31 de octubre del año 2014 y durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida, en su caso, del 17 de noviembre de 2009 al 17 de noviembre de 1989, había cotizado un total de 442.44 semanas, menor a las 500 semanas en los últimos 20 años o 1000 en cualquier tiempo.

Precisó que existió un vínculo laboral aceptado por la empleadora Inversiones Cornejo Ruiz Ltda., actual propietario del establecimiento de comercio de la entonces Panadería San Antonio, entre el 15 de octubre de 1992 hasta el 31 de enero de 1995, periodos echados de menos por el demandante y del que se configuró la omisión de la afiliación y solo hasta el 1° de febrero de 1995, dos años después del inicio del vínculo laboral, fue afiliado al Seguro Social, periodo que equivale a 119 semanas omitidas y que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento pensional, las que sumadas a las semanas cotizadas en la historia laboral arroja un total de 1070 semanas cumpliendo de esta manera, con los requisitos legales para ser beneficiario del reconocimiento pensional, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 758 de 1990, que reglamenta el Acuerdo 049 del mismo año.

Sobre el tópico de la omisión de afiliación, el juzgador señaló que las entidades de Seguridad Social deben tener en cuenta el tiempo servido como

efectivamente cotizado, con la obligación correlativa al empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos en virtud de lo adoptado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por la accionada, aludió a lo dispuesto a los artículos 488 y 489 del CST, en armonía con el artículo 151 del CPTSS, para señalar que debía declararse probada de forma parcial la prescripción únicamente con relación a las mesas causadas con anterioridad al 30 de agosto del 2015 hacia atrás, en tanto, que la solicitud de pensión se elevó el 30 de agosto del 2018 y la demanda fue radicada el 2 de octubre de 2019.

Con relación al monto de la prestación, consideró que de la revisión de la historia laboral del demandante, era dable concluir que todo el tiempo de cotización se realizó con base en el salario mínimo legal mensual vigente, por lo tanto, resultaba indiferente la operación que se haga con el ingreso base de liquidación de los últimos 10 años o sobre toda la vida laboral, por lo que sobre ese monto debía concederse la mesada pensional. Finalmente, consideró que los intereses moratorios solicitados por la parte demandante no están llamados a prosperar comoquiera que el derecho reconocido fue dado por aplicación jurisprudencial en lo que refiere al tema de la omisión de la afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad Inversiones Cornejo Ruiz Ltda., interpuso recurso de apelación de forma parcial, solicitando no se condenara en costas a su representada pues a su juicio, ha sido Colpensiones la que durante 6 años hasta la fecha nunca emitió el cálculo actuarial, situación que ha afectado el derecho pensional del demandante y eventualmente a su mandante.

Colpensiones impugnó el fallo de primera instancia con fundamento en que no tuvo injerencia en la evasión de aportes a la seguridad social por parte de Ana Elisa Cornejo Barragán, pues desconocía el vínculo laboral que aduce el demandante, por tanto no pudo realizar el cobro coactivo de los periodos comprendidos entre el 15 de octubre de 1992 y el 31 de enero del año 1995, pues fue el empleador quien incumplió la obligación de afiliar al

sistema y reportar las cotizaciones sobre el valor real que devengaba, razón por la cual, no fue posible realizar el cálculo actuarial requerido sin la documentación e información que le permitiera establecer los períodos que aduce el accionante como faltantes, en razón a que no habría lugar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sino hasta cuando el empleador realizara el pago del cálculo actuarial, ni mucho menos lo concerniente al pago de retroactivo, intereses moratorios o demás emolumentos solicitados.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada Colpensiones y el accionante presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expuestos en la demanda, su contestación respectivamente, así como en el recurso de alzada. La sociedad Inversiones Cornejo Ruiz Ltda. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede el pago de cálculo actuarial por el periodo no cotizado por el empleador y laborado por el demandante y si le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. De ser afirmativo lo anterior, verificar los términos en que debe concederse la prestación.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene como aspectos fuera de discusión que el demandante conforme a la copia de la cédula de ciudadanía que obra en la página 03 del archivo «*Exp. Digital: «01 2019-717 Fl.114.pdf»*, nació el 17 de noviembre de 1949, por lo tanto, se tiene que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, específicamente con 44 años y cotizó un total de 954,00 semanas en Colpensiones desde el 01 de enero de 1972 hasta el 31 de enero de 2015

(Exp. Digital: «*HL. GRP-SCH-HL-66554443332211_1694-20200129095855.pdf*).

Tampoco es objeto de discusión en esta instancia la relación laboral que desarrolló el actor con la hoy sociedad denominada Inversiones Cornejo Ruiz Ltda., entre el 15 de octubre de 1992 y el 31 de enero del año 1995, periodo frente al cual no hubo afiliación a los riesgos de Invalidez Vejez y Muerte (IVM) del Instituto de Seguros Sociales –ISS, situación fáctica que no fue objeto de reproche por dicha sociedad.

CÁLCULO ACTUARIAL

Como lo ha reiterado insistentemente el órgano de cierre de la especialidad, en caso de no afiliación o afiliación tardía por parte de un empleador, ello apareja la obligatoriedad de que este último pague con destino a la entidad administradora a la que se encuentra afiliado el trabajador o aquella que escoja, el respectivo título pensional o cálculo actuarial, de conformidad con lo dispuesto por el 9º de la Ley 797 de 2003, dicho cálculo actuarial debe ser liquidado en la forma reglamentada por el Decreto 1887 de 1994, incluso, en pluralidad de pronunciamientos se puso de presente que a pesar que dicho traslado del capital a cargo del empleador omiso se estatuyó con la Ley 100 de 1993, ello no implica que no se haga extensivo inclusive a aquellas relaciones laborales que no se encontraran vigentes al 23 de diciembre de 1993 cuando se expidió dicha Ley y ello se ha entendido así, en la medida que la obligación del empleador de responder por el tiempo que le ha servido un trabajador no es naciente con la Ley 100 de 1993, pues esta responsabilidad ha estado permeada en esencia desde la creación del Instituto de Seguros Sociales y el llamado a inscripción al sistema, razón por la cual, el propósito de las modificaciones legales y reglamentarias introducidas, entre otras, con el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, y el Decreto 1887 de 1994, es regular la forma de computar esos tiempos laborados sin afiliación para que sirvan de financiación al derecho pensional a través del cálculo actuarial (CSJ SL5790-2014, CSJ SL2138-2016, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017, CSJ SL2584-2020, CSJ SL1598-2021, CSJ SL2236-2021 y CSJ SL3609-2021).

De igual forma, el Alto Tribunal de cierre de la especialidad, en precisar que esta situación dista del tratamiento que se da frente a la caso de la mora en

el pago de aportes (CSJ SL3609-2021), pues su único efecto común es que efectivamente con arreglo a lo previsto en los literales c) y d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la 100 de 1993, en todo caso se debe endilgar a la entidad administradora el reconocimiento y pago de la pensión, aun tratándose de prestaciones derivadas de la aplicación del régimen de transición, pues con excepción de lo dispuesto por el tiempo, edad y monto que se gobierna por el régimen anterior, en todo lo demás, o sea la causación, el reconocimiento y demás condiciones y requisitos del derecho se rigen por la Ley 100 de 1993, esto, incluida la posibilidad de «*recuperar los tiempos no cotizados, específicamente por alguna omisión en la afiliación del empleador*».

Ahora bien, tanto en la sentencia CSJ SL051-2018, como específicamente en la sentencia CSJ SL4388-2015, ha sido unánime la doctrina probable de la especialidad, en que insoslayablemente el reconocimiento pensional, deviene por efecto del pago del cálculo actuarial, o en sede judicial, de la declaratoria que haga el Juez Laboral del contrato de trabajo y consecuente orden impartida al empleador omiso del pago del título pensional, pues sólo así surge diáfana la obligación del empleador del traslado del cálculo actuarial, es decir, que en este escenario judicial no puede el Juez mantener en cabeza de la entidad la obligación de reconocer la prestación con inclusión de dichos tiempos, sin que al menos se condicione a la orden a cargo del empleador de asumir los efectos económicos y actuariales del tiempo servido a través del título pensional, dicho de otra manera, razonó la citada Colegiatura, en el segundo de los pronunciamientos en cita que: «*la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado,* ***pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial*** *a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes*» (Negrillas fuera del texto original).

En esa misma dirección, acentuó que «*ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional*».

Asimismo, importa rememorar lo dicho en la sentencia SL1358-2018, reiterada a su vez, en las sentencias SL3506-2019, SL2236-2021, donde se sostuvo que «*(…) la Corte ya ha determinado que en desarrollo de reglas tales como las establecidas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, y de principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia,* ***todas las hipótesis de omisión en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos****, tal y como lo dedujo el Tribunal» (Negrillas fuera del texto original)».*

De igual modo, en la sentencia CSJ SL1050-2022 la Alta Corporación reiteró:

> Por eso, la doctrina vigente de esta Sala ha señalado que los empleadores no se desligan de la responsabilidad por cualquier causa que implique ausencia de afiliación al ISS respecto a los tiempos prestados por sus trabajadores antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues en esos eventos el riesgo pensional permanece a su cargo, de modo que la solución efectiva a dicha circunstancia es el pago del correspondiente cálculo actuarial a efectos de la financiación de un eventual derecho pensional por parte de las entidades de seguridad social (CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL4334-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020).

Por lo dicho, es claro en este caso que al estar determinado que la accionada sociedad Inversiones Cornejo Ruiz Ltda., no afilió al actor al sistema de pensiones durante el períodos indicados en la sentencia de primer grado, le corresponde el pago de los mismos a través de la elaboración del cálculo actuarial, que corresponde hacerlo a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto, que es la administradora de pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en últimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador; y así lo ha establecido el órgano de cierre de la

especialidad laboral, precisando que los periodos no cotizados a su historia laboral ha de efectuarse *«a satisfacción de la entidad de seguridad social»,* según el criterio vigente de la Sala de Casación Laboral, vertido entre otras en la sentencias CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL4334-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020, CSJ SL2879-2020 y CSJ 5702-202. Por lo tanto, su trámite y aprobación resulta necesario para computar el periodo objeto de condena, razón por la cual, los argumentos de Colpensiones no tienen vocación de prosperar en este puntual aspecto.

En esa línea decisional, se concluye que hay lugar al pago el cálculo actuarial por los periodos donde no hubo afiliación a cargo de la aludida empleadora en los términos indicados en primer grado.

PENSIÓN DE VEJEZ

Determinado lo anterior, dichos ciclos de cotización deben ser contabilizados con fines pensionales a favor del afiliado en la medida que la falta de afiliación no puede ir en menoscabo de sus derechos pensionales, cuando efectivamente prestó su fuerza laboral a favor de un empleador. En esa medida, se deben tener en cuenta en la historia laboral del actor las semanas correspondientes desde el 15 de octubre de 1992 hasta el 31 de enero de 1995, periodo en el que no existió afiliación, según fue advertido anteriormente, empero, debe precisarse que en ese lapso de tiempo la historia laboral reporta cotizaciones por parte del empleador Municipio de Ubaté entre el 19 de febrero de 1992 y el 25 de enero de 1993 (48,86 semanas), tiempo que al resultar simultáneo debe descontarse para efectos de contabilización de semanas para configurar el derecho pensional.

De conformidad con lo expuesto, resulta diáfano afirmar que el demandante cuenta en toda su historia laboral un total de 1.025 semanas, toda vez que allí se acreditan 954 semanas debidamente cotizadas entre el 01 de enero de 1972 y el 30 de octubre de 1994, a lo cual debe sumarse el tiempo en el cual no hubo afiliación que asciende a 119.86 semanas y a su vez, restarse las semanas por concepto de tiempos simultáneos de servicios 48.86 (Exp. Digital: «*GRP-SCH-HL-66554443332211_1694-20200129095855.pdf*»).

En consecuencia, se analizará el reconocimiento pensional, para lo cual se tiene que al haber nacido el actor 17 de noviembre de 1949, se concluye que al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 44 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la referida ley y teniendo en cuenta que cumplió la edad de 60 años el 17 de noviembre de 2009, es menester determinar si conservó dicho régimen a la luz de lo ordenado en el parágrafo 4.° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005:

> Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.
>
> Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

En ese orden, para acceder a la pensión de vejez, el actor debió, cumplir los requisitos de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 hasta el 31 de julio de 2010 o demostrar que tenía más de 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, esto es, 29 de julio de 2010, para así extender la cobertura del beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014.

Por su parte, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 establece:

> ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:
>
> a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
>
> b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

De manera que de la verificación de la historia laboral aportada al plenario se tiene por acreditado que reunió a la entrada en vigencia el Acto Legislativo 001 de 2005, un total de 866,45 semanas, con lo cual, conservó el beneficio del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora, como el actor cumplió los sesenta años de edad el 17 de noviembre de 2009, no alcanzó a satisfacer el requisito de 500 semanas en los últimos veinte (20) años (481,87 semanas), no obstante, sí lo hizo con la exigencia de 1000 semanas sufragadas en cualquier tiempo, dentro de los límites señalados por el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, antes del 31 de diciembre de 2014, en tanto que la última cotización data de octubre de 2014.

Por todo lo previo, la pensión debe reconocerse a partir del 01 de noviembre de 2014, pues de acuerdo con la historia laboral del accionante, se observa que la última cotización se efectuó el 31 de octubre de 2014; y con relación al monto de la prestación, será el equivalente a 1 SMLMV, cifra que se corresponde con el valor de las cotizaciones que efectuó el demandante y que además es el valor mínimo en que puede ser reconocida la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 100 de 1993. De igual modo la prestación debe reconocerse sobre 14 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó antes del 31 de julio de 2011 y es inferior a 3 SMLMV, en los términos del parágrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005. En esa medida debe confirmase lo decidido en primera instancia.

En este sentido, como ya se dejó sentado, el derecho se hizo exigible a partir del 1° de noviembre de 2014, fecha en la que ocurrió la desafiliación del sistema; la solicitud pensional fue efectuada el 30 de agosto de 2018 (Exp. Digital: «*01 2019-717 Fl.114.pdf*». Fls. 35 a 45); la demanda inaugural fue presentada el 19 de mayo de 2021 (Exp. Digital: *«02- ACTA DE REPARTO.pdf»*), por lo que, en esta oportunidad, operó parcialmente el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de agosto del 2015 hacia atrás.

En ese orden de ideas, la decisión debe confirmarse incluida la decisión de indexar el retroactivo pensional resultante, ello, con la finalidad de paliar el efecto negativo que genera la devaluación del peso colombiano.

Asimismo, en atención a lo dispuesto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3 del Decreto 692 de 1994, la demandada deberá realizar

las deducciones para cotización en salud respecto del retroactivo pensional, con destino a la EPS a la que esté afiliado el actor, tal como se dispuso igualmente en sentencia CSJ SL2557-2020, en consecuencia, se adicionará el fallo de primer grado en tal aspecto.

Por último, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada Inversiones Cornejo Ruiz Ltda., debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida la aludida sociedad, sin que se observen causales para eximirlas de dicho rubro (CSJ SL1977-2021). Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada en tal sentido.

Las costas en esta instancia, corren a cargo de las demandadas en la suma de un SMLMV.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **AUTORIZAR** a la entidad accionada para que efectúe los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud que correspondan del retroactivo pensional, conforme fue definido en la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

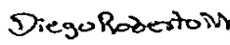
TERCERO: Costas en esta instancia, corren a cargo de las demandadas en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **020-2019-00780-**01

Demandante:	**LUIS EDUARDO ARÉVALO QUICASÁN**
Demandada:	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación así como el grado jurisdiccional d consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado (20) Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de junio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Luis Eduardo Arévalo Quicasán llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección SA y a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir SA, para que se declarara: la nulidad o ineficacia de su afiliación al sistema general de pensiones efectuada al ISS hoy Colpensiones; efectuándose el traslado de la totalidad de sus aportes de Porvenir SA a Colpensiones; de igual modo, se condenara a Colpensiones a reconocer y

pagar a su favor la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo pensional e intereses moratorios; lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, en que nació el 4 de agosto de 1957; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS, desde el ciclo de 25 de julio de 1977, permaneciendo en dicho régimen hasta el 14 de enero de 1997, cuando comenzó a realizar cotizaciones a la AFP Colmena – ING hoy Protección SA; no obstante, señaló que no recibió de dicha AFP asesoría ni buen consejo, por lo que tampoco se le dio información cierta, suficiente, clara y oportuna para el traslado al RAIS, ni se le informó sobre las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en este régimen; que no se le hizo entrega del reglamento del funcionamiento de Colmena – ING hoy Protección S.A como lo establece el Decreto 656 de 1994 y que tampoco se le informó que la fecha de redención normal de su bono pensional seria al cumplimiento de la edad de 62 años.

Agregó, que no se le informó por parte de la AFP Colmena - ING hoy Protección SA la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas en el RAIS, adujo, que no se le entregó la información necesaria para escoger la mejor opción de régimen y ni le informaron sobre la inconveniencia de trasladarse de régimen por lo que su decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla.

Mencionó, que se trasladó a la AFP Porvenir el 30 de diciembre de 1998 y para la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 la AFP no le informó que podía regresar al RPMPD dentro del año siguiente sin necesidad de acreditar 15 años de servicios. Asimismo, recibió por parte de Porvenir SA comunicación de fecha 17 de junio de 2005, en la cual se le informó solución al conflicto de multiafiliacion señalando que se encontraba válidamente vinculado con la AFP Porvenir SA en virtud de la afiliación que suscribió el 30 de diciembre de 1998 olvidando que la fecha de afiliación fue en enero de 1997.

Refirió, que suscribió formulario de afiliación a Colpensiones el 15 de agosto de 2013 y que recibió carta de rechazo a su solicitud de afiliación la misma fecha, por lo que, manifestó que cotizó 1049 semanas al RAIS y un total de

1870 semanas al sistema general de pensiones. Además, que su Ingreso Base de Liquidación es de $5.244.470 según la información dada por la AFP Porvenir SA en simulación pensional del mes de junio de 2019.

Finalmente, esgrimió que mediante escrito del 11 de septiembre de 2019 pidió ante Colpensiones la recepción de aportes pensionales en virtud de la nulidad de su afiliación al RAIS y el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el radicado 12229364, la que fue negada el 11 de septiembre de 2019 (Exp. Digital: «*01 2019-780 fl 244.pdf*». Págs. 2 a 11).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA rechazó las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la simulación pensional y a lo relacionado al ingreso base de liquidación del accionante, negando o indicando no constarle los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que el demandante no allegó prueba para sustentar la ineficacia y/o nulidad de la vinculación al RAIS por lo que este traslado fue completamente valido así como el traslado horizontal y en caso de acceder a la declaratoria de la ineficacia la devolución de los rendimientos financieros y demás gastos dejaría al accionante en una situación favorable que la que tendría de haber permanecido en el RPMPD dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional.

Presentó como excepciones de fondo, las de «*prescripción*», «*Prescripción de la acción de nulidad*», «C*obro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*» y «*buena fe*». (Exp. Digital: «*01 2019-780 fl 244.pdf*». fls. 133 a 152).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, también rechazó las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la edad, la afiliación inicial al RPMPD y el traslado al RAIS, sin que le constaran los demás supuestos.

Como razones de defensa, afirmó que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños respetando el derecho a la libre elección de

régimen toda vez que estuvo exenta de los vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo por lo que el acto jurídico celebrado cumplió con todos los requisitos de existencia y validez. Mencionó que tampoco es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS haga nula la afiliación y que por lo tanto no se puede pretender la declaratoria de una nulidad en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez.

Propuso como medios defensivos de mérito los de «I*nexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*», «*buena fe*», «*prescripción*», «*Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones*», «*innominada o genérica*», «*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*». (Exp. «*Digital: 01 2019-780 fl 244.*pdf». Fls. 198 a 216).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, también se opuso a las pretensiones de la demanda, y en cuanto al aspecto fáctico, aceptó los relativos a la edad, vinculación inicial al RPMPD, su traslado al RAIS, la reclamación efectuada por el actor en torno a reactivar su afiliación ante Colpensiones, frente a los demás, indicó no constarle.

Adujo en su defensa que el actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y que la selección del mismo y de la administradora, fue producto de una decisión libre, espontánea y sin presiones. En razón a ello, expuso que el accionante decidió trasladarse de fondo, que fue válidamente afiliado al RAIS y no se probó error, fuerza o dolo en su afiliación por lo cual no procede la declaratoria de nulidad y/o ineficacia por lo que está llamada a reconocer cualquier derecho ya que la escogencia del RAIS se dio en debida forma. Además, no puede reconocer la pensión solicitada, porque se encuentra activo en la AFP Porvenir.

Propuso como excepciones de mérito las de *«Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «Descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «caducidad»,*

«inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones», «innominada o genérica». (Exp. Digital: «*03 2019-780 FL. 319 CONTESTACION COLPENSIONES 15-03-21.pdf*»).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

> **PRIMERO**: **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor LUIS EDUARDO AREVALO QUICASÁN, el 01 de febrero de 1997 al FONDO PENSIONAL DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia su traslado Horizontal efectuado a PORVENIR S.A., el 30 de diciembre de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.
>
> **SEGUNDO**: **DECLARAR** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.
>
> **TERCERO**: **ORDENAR** a PORVENIR S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado LUIS EDUARDO AREVALO QUICASÁN, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.
>
> **CUARTO**: Cumplido lo anterior, se **ORDENA** a COLPENSIONES proceda a hacer un estudio minucioso de la historia laboral del accionante a efectos de reconocerle la pensión de vejez, conforme a los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Cumplidos los requisitos legales, la Pensión se reconocerá a partir de la fecha que se demuestre ya sea en forma tácita o expresa el retiro del sistema de seguridad social por parte del accionante, tal como lo disponen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. En cuanto a los intereses del Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a su reconocimiento teniendo en cuenta que hasta ahora se produjo el cambio de régimen a Colpensiones y por ende no ha incurrido en mora en el reconocimiento de la prestación económica.
>
> **QUINTO: CONDENAR** en costas a las demandadas Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. […].

Señaló que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la expresión libre y voluntaria de que trata el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la información debe ser brindada al momento del traslado y no con posterioridad, porque se tornaría inoportuna. Encontró como prueba relevante para el presente caso los documentos que firmaron las partes en los cuales se da cuenta de la historia

laboral o de semanas cotizadas tanto en Porvenir como en Protección por el demandante, formularios de afiliación que fueron aportados donde se exhibieron y se comprobó que existió la afiliación en hoy Protección. Señaló que la norma indica que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia y que cuando el empleador atente contra sus derechos y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se concluye que la afiliación quedara sin efectos, indicando que cualquier atentado o agresión contra su derecho de afiliarse libre y voluntariamente a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto.

Agregó que, para verificar si hubo consentimiento libre, voluntario e informado, como lo señala la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba corresponde a Protección, antes Davivir, donde demuestre que cumplió con el deber de dar la información completa, suficiente y oportuna sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el RPMPD, empero, no fue posible tener conocimiento si el asesoramiento prestado al efectuar su afiliación al RAIS fue completo o si se prestaron maniobras para concluir que hubo engaño, por lo que las demandadas inicialmente hoy Protección SA y Porvenir SA faltaron al deber de información.

Respecto a la pensión de vejez solicitada, indicó que la parte actora no cumplió con la carga de aportar la historia laboral para verificar las semanas cotizadas ante Colpensiones, sin embargo, explicó que de acuerdo a la certificación de Porvenir el accionante había cotizado un total de 1870 semanas, por ello, indicó que era procedente ordenar a Colpensiones que procediera a hacer un estudio de la historia laboral al demandante a efectos de reconocerle la pensión de vejez en los términos de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 y que una vez se verificara el retiro del sistema, se le reconociera la pensión de vejez.

En cuanto a la excepción de prescripción la declaró no probada, fundamentándose en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia que considera se encuentra ante un litigio que concluye con una declaración y esta consiste en declarar la ineficacia del traslado relacionado además con el

nexo de causalidad, derecho a la pensión que es irrenunciable por lo que no opera este fenómeno.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada Colpensiones, apeló la sentencia de primera instancia, con fundamento en que: no se acreditaron los vicios del consentimiento, por lo que no encontró prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de ellos; un error en un punto de derecho que no tiene fuerza para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error de nulidad que es aquel que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación judicial.

En cuanto a la carga de la prueba, mencionó el artículo 167 del CGP para señalar que este Tribunal en varias sentencias ha señalado que los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan y de manera alguna pueda trasladarse a la entidad, el demostrar que no actuó con dolo, por lo que las partes tienen la obligación de demostrar los fundamentos fácticos en que se fundan las obligaciones.

Solicitó tener en cuenta la descapitalización del sistema y las sentencias CC SU-062-2010 y CC SU-130-2013 que en materia de traslado considera que nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados a ese esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Agregó que, conforme a la jurisprudencia corresponde al demandante demostrar los vicios del consentimiento alegados, no bastando su simple afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegaciones, las accionadas Porvenir S.A. y Colpensiones en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y el recurso de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. La

parte actora solicitó que se confirme la decisión. Mientras que Protección SA guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Luis Eduardo Arévalo Quicasán del RPMPD al RAIS administrado por Protección SA y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos que: i) el demandante nació el 04 de agosto de 1957; ii) el 25 de julio de 1977 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 01 de febrero de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Davivir Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A. (Exp. Digital: «*01 2019-780 fl 244.pdf*». Fls. 12, 67 a 73 y «*Dctos audiencia 2019-780.FLS.330-399(17-06-21).pdf*». Fl. 70).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789 de 2002[1].

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

Bajo ese entendido, se tiene que el demandante alcanzó la edad de 62 años el 04 de agosto de 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a Colpensiones el 11 de septiembre de 2019 (Exp. Digital: «*01 2019-780 fl 244.pdf*». Págs. 45 a 47), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada a los autos, tenía 692,72 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «*01 2019-780 fl 244.pdf*». Fls. 67 a 73), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida-RPMPD al de ahorro individual con solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado de la llamante a juicio las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de

las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Davivir, hoy Protección SA.

Por otro lado, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Davivir, hoy Protección SA, realizado el 01 de febrero de 1997, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de Luis Eduardo Arévalo Quicasán pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

De otra parte, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

> La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP´s, o que hubiera permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

> […] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerase que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

Aunado a ello, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio de 2021, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», refiriendo que:

> Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar en este puntual aspecto la decisión proferida el 17 de junio de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, la cual será modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la siguiente manera:

En virtud de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se modificará el ordinal tercero de la mentada sentencia en el sentido de que se condena a Protección S.A. a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

> 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.

> En el *sub lite,* la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.
> […]
>
> En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem-.*
>
> Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.
>
> Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»,* debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto a la orden impartida a Colpensiones en torno a realizar un estudio de la historia laboral del actor a efectos de reconocer la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, con las respectivas modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, debe señalarse que al permanecer vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es dable concluir que, de conformidad con las historias laborales aportadas por las accionadas, el accionante reporta cotizaciones hasta el mes de noviembre de 2019, 1.900 semanas (Ex. Digital: «*01 2019-780 fl 244.pdf*» Fls. 21 a 33, 67 a 73, 155 a 190); de igual manera al haber nacido el 04 de agosto de 1957, arribó a 62 años de edad el mismo día mes del año 2019, cumpliendo así los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, precisándose en ese sentido, que la prestación deberá reconocerse por Colpensiones, una vez la AFP Porvenir S.A. traslade los aportes pensionales

objeto del traslado indicado, teniendo como fecha de disfrute, el día siguiente de su última cotización, calculando el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y la tasa de reemplazo con fundamento en el artículo 34 ibídem. Con lo cual, se determina la legalidad de la orden impartida en primer grado, respecto de estudiar el reconocimiento pensional por parte de Colpensiones en esos precisos términos, con lo cual se confirma lo decido en este aspecto.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, y CSJ SL4360-2019 ySL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

En consecuencia, se adicionará la sentencia, así como su tercer ordinal, para ordenar a tanto a Protección S.A. como a Porvenir S.A. que retornen a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Además se dispondrá que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021, CSJ SL3719-2021 y CSJ SL1284-2022). Se confirmará en lo demás, así se decidirá.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente Colpensiones, en la suma de un SMLMV.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, para ordenar a Porvenir S.A. que retorne a Colpensiones los aportes que tenga el actor en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de Tercero instancia, para ordenar a Protección S.A. que retorne a Colpensiones el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora.

TERCERO: DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente, COLPENSIONES, en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-023-2021-00299-01

Demandante: **JOSÉ RODRIGO VÁSQUEZ GAVIRIA**

Demandada: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2022. Asimismo, revisará el aludido fallo en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

José Rodrigo Vásquez Gaviria, llamó a juicio a la Administradora de Pensiones Colpensiones, para que se condenara al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2012 bajo el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990 y liquidar la prestación con un IBL de los últimos 10 años, al pago de los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

De manera subsidiaria pretende que se ordenara a la accionada a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2012, con

el régimen de transición y bajo lo normativa contenida en la Ley 71 de 1988.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: nació el 22 de diciembre de 1951, de suerte que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba más de 40 años de edad y en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con 750 semanas de cotización; para el 22 de diciembre de 2011 cumplió 60 años y antes del 31 de diciembre de 2014 contaba con 1.000 semanas cotizadas, en suma cotizó entre entidades del sector público y privado 1.040 semanas; fue Diputado de la Asamblea Departamental de Antioquia entre el 01 de octubre de 1988 y el 23 de mayo de 1992, entidad que, ordenó que a partir del 1 de octubre de 1968 las prestaciones se computarían durante un año continúo; la administradora COLPENSIONES previa solicitud de «*finales de 2013*», negó el reconocimiento pensional mediante Resolución GNR 358036 del 16 de diciembre de 2013, decisión que fue confirmada en forma reiterada en virtud de las diferentes apelaciones y recursos interpuestos; y la demandada no ha dado respuesta a un último derecho de petición presentado el 24 de julio de 2020, por lo que agotó la reclamación administrativa (Exp. Digital: «*01-DEMANDA Y ANEXOS.pdf*». Págs. 02 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contestó la demanda aceptando los hechos 1°, 2°, 4° y 11 a 23, referentes a la edad del actor en la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los relativos a las distintas solicitudes pensionales efectuadas por el demandante, con la consecuente negación del derecho; respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. Con relación a las pretensiones, se opuso a las mismas.

En su defensa explicó que no reconoció el derecho prestacional solicitado pues a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 el actor cotizó un total de 511,85 semanas al ISS, y en consecuencia no es beneficiario del régimen de transición, así como tampoco le es aplicable la normativa dispuesta en el Decreto 758 de 1990. Agregó que tampoco procede el reconocimiento pensional bajo el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, pues pese a que el demandante cumple con el requisito de la edad,

dado que cumplió 60 años de edad el 22 de diciembre de 2011, lo cierto es que no satisfizo con el tiempo de servicios exigido, pues cuenta con 1.071 semanas cotizadas, de las cuales 69 son simultaneas y en suma permiten contabilizar un total de 1.002 semanas.

Propuso como excepciones de mérito las de «*imposibilidad de acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de una pensión de vejez bajo los presupuestos del Decreto 758 de 1990*», «*carencia de causa para demandar*», «*prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», compensación,* e *«innominada o genérica»* (Exp. Digital: «*05-CONTESTACION COLPENSIONES.pdf*». Págs. 01 a 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 17 de febrero del año 2022, resolvió:

> **PRIMERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer al demandante J**OSÉ RODRIGO VÁSQUEZ GAVIRIA** la pensión de vejez, de conformidad a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de mayo de 2012.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** parcialmente la excepción de prescripción, respecto de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de mayo de 2018.
>
> **CUARTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES**, a pagar al señor **JOSÉ RODRIGO VÁSQUEZ GAVIRIA** la pensión de vejez, a partir del 19 de mayo de 2018. Cuantía inicial para el 2018 $2.020.983; trece mesadas pensionales, aplicando reajustes de ley correspondientes. Mesadas que se ordenan reconocer debidamente indexadas desde la fecha de su causación a la fecha de su pago.
>
> PARÁGRAFO: Se genera como retroactivo pensional hasta el 31 de enero de 2022 la suma de $103.137.230, respecto de los cuales se autoriza efectuar los correspondientes descuentos a aportes a salud.
>
> **CUARTO: ABSOLVER** a la demandada **COLPENSIONES** de las demás pretensiones de la demanda.
>
> **QUINTO: NO PROBADAS** las excepciones propuestas.
>
> **SEXTO: COSTAS** a cargo de la demandada […].

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y previa

verificación de la copia de la cédula de ciudadanía del demandante, se acreditó que efectivamente nació el 22 de diciembre de 1951, por lo que para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la mencionada norma, contaba con 42 años, edad que le permitía acceder al beneficio de la transición. Encontró que el accionante cumplió con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para obtener la pensión de vejez, pues cumplió la edad requerida el 22 de diciembre de 2011, y acreditó un total de 1002,56 semanas cotizadas en toda su vida laboral, que le permiten acceder a la prestación reclamada, lo anterior, teniendo en cuenta los tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES, teniendo en cuenta la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha avalado que se realice la sumatoria de tiempos de cotización realizados en el ISS y los Fondos o Cajas de Previsión Social, es decir, de todos los tiempos laborados sin distinción de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no.

En cuanto al monto de la pensión, realizó el cálculo conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 del 1993, dado que al momento de entrar a regir dicha normativa le faltaban más de 10 años para acceder a la prestación pensional, aplicó un IBL con el promedio de los últimos 10 años de servicios y una tasa de reemplazo del 75% conforme al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Conforme a lo anterior, efectuada las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidador asignado a los jueces laborales, obtuvo como IBL la suma de $ 2.118.055 y una mesada pensional inicial para el año 2012 por el valor de $1.588.542.

Frente a los requisitos de causación expuso que la pensión se causó en el mes de abril de 2012, momento en el cual el demandante reunió las semanas exigidas para la prestación económica y contaba con la edad establecida para pensionarse y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005 había lugar a conceder 13 mesadas pensionales al año.

Con relación a los intereses moratorios indicó que el actor elevó solicitud pensional en diciembre de 2012 y la demandada resolvió negar dicha petitoria mediante Resolución GNR 358036 del 16 de diciembre del 2013,

sin embargo, para el juzgador esta negativa en el reconocimiento pensional no obedeció a una decisión arbitraria o caprichosa de la entidad demandada, dado que en virtud del desarrollo jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir del mes de julio del 2020, respecto a la posibilidad de sumar tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES para acceder a la pensión del Acuerdo 049 del 1990, consideró que la negativa de COLPENSIONES para dicha data estaban bajo los presupuestos de la normativa y jurisprudencia vigente, razón por la cual absolvió a la demandada de esa pretensión.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por la accionada, sostuvo que conforme a lo dispuesto al artículo 151 del CPTSS, ella se interrumpe por una sola vez sin que las demás solicitudes tengan incidencia en el fenómeno de la prescripción, y dado que la demanda se presentó el 19 de mayo del 2021, transcurrió el trienio establecido en la ley declaró probada de forma parcial la prescripción y prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 19 de mayo de 2018, esto es, 3 años anteriores a la presentación del libelo que dio inicio a la litis, las demás excepciones las declaró no probadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación de forma parcial, solicitando se efectúe nuevamente la liquidación de la prestación reclamada desde el 25 enero de 1986 hasta su último aporte, esto es hasta el año 2012, lo cual computaría un total de 3.600 días, afirmando que en su liquidación particular aplicando una tasa de reemplazo del 75%, arrojaría una primera mesada pensional de $2.854.420 para el año 2012.

Respecto a los intereses moratorios, advirtió que por vía de tutela la Corte Constitucional en sentencia de unificación del año 2020, la que no enunció, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento de pensiones de vejez con la acumulación de tiempos públicos y privados.

Indicó que su representado presentó nuevamente solicitud de pensión en el año 2021 la que fue negada por COLPENSIONES, en efecto, para dicha data, la sentencia "*SU del año 2020*" de la Corte Constitucional ya se

encontraba vigente la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados, en consecuencia, señala que la falta de acogimiento por parte de COLPENSIONES de reconocer la pensión de vejez, hace procedente el reconocimiento de los intereses moratorios por lo menos a partir del año 2021 fecha en que se elevó la solicitud.

Última manifestando que la prescripción, sea analizada la sentencia de primera instancia, dado que consideró que se interrumpe una sola vez, aspecto que no comparte, porque desde el año 2012 casi de forma ininterrumpida, no se dejaron de interponer reclamaciones frente al derecho pensional.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, las partes presentaron alegatos en similares términos a los expuestos en la demanda y su contestación respectivamente, así como en el recurso de alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si al demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. De ser afirmativo lo anterior, verificar los términos en que debe conceder la prestación y la liquidación de la misma; asimismo, establecer si hay lugar al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y finalmente, verificar la excepción de prescripción.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene como aspectos fuera de discusión que el demandante conforme a cédula de ciudadanía (Exp. Digital: «*01-DEMANDA Y ANEXOS.pdf*». Págs. 12), nació el 22 de diciembre de 1951, por lo tanto, se tiene que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, específicamente con 42 años

por lo que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal.

De igual modo, se tiene acreditado que el accionante cotizó un total de 731,71 semanas en COLPENSIONES desde el 28 de agosto de 1975 hasta el 30 de abril de 2012 (Exp. Digital: «*05-CONTESTACION COLPENSIONES.pdf*». Págs. 109 a 118), a su vez se advierte que el actor prestó sus servicios al Municipio de Medellín, entre el 04 de mayo de 1977 y el 04 de febrero de 1979 (Exp. Digital: «*01-DEMANDA Y ANEXOS.pdf*». Págs. 35 a 38), al Fondo Nacional de Caminos Vecinales en liquidación–FNCV adscrito al Ministerio de Transporte, desde el 23 de abril de 1985 hasta el 01 de marzo de 1987 (Exp. Digital: «*01-DEMANDA Y ANEXOS.pdf*». Págs. 39 a 42), y a la Asamblea Departamental de Antioquía, desde el 01 de octubre de 1988 hasta 30 de junio de 1989, del 01 de octubre de 1989 al 15 de mayo de 1990, del 01 de octubre de 1990 al 21 de septiembre de 1991 y del 01 de octubre de 1991 al 23 de mayo de 1992. (Exp. Digital: «*01-DEMANDA Y ANEXOS.pdf*». Págs. 43 a 46).

Así establecido, debe advertirse conforme a lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005 en su parágrafo transitorio 4, el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos afiliados, que estando en dicho régimen, acrediten 750 semanas cotizadas a la fecha de vigencia de la citada reforma constitucional que ocurrió el 29 de julio de 2005 (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005).

En este escenario, se tiene que el demandante en total logró acreditar un total de semanas y/o tiempos de servicios al 29 de julio de 2005, así:

PERIODOS (DD/MM/AA)		**SEMANAS**	**OBSERVACIONES**
DESDE	**HASTA**		
28/08/1975	24/03/1976	30,00	ISS
9/08/1976	28/02/1977	29,14	ISS
4/05/1977	4/02/1979	90,14	MUNICIPIO DE MEDELLÍN
7/02/1979	31/07/1982	181,57	ISS
1/08/1982	14/03/1985	136,71	ISS
23/04/1985	1/03/1987	95,57	FNCV
30/06/1987	1/04/1988	39,57	ISS
1/10/1988	30/06/1989	38,57	ASAMBLEA DEP. ANTIOQUIA

1/10/1989	15/05/1990	32,14	ASAMBLEA DEP. ANTIOQUIA
16/05/1990	24/07/1990	92,86	ISS
1/10/1990	21/09/1991	50,14	ASAMBLEA DEP. ANTIOQUIA
1/10/1991	23/05/1992	33,29	ASAMBLEA DEP. ANTIOQUIA
1/08/2001	31/08/2001	2,00	ISS
TOTAL, SEMANAS		851,70	

De este modo, lo primero que se concluye es que el actor conservó dicho régimen transitivo hasta el año 2014 en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, sumado al hecho que la edad de 60 años la alcanzó en el año 2011.

Definido lo anterior, encuentra la Sala que, se pretende desde el libelo introductor el derecho a la pensión de vejez a la luz de lo contemplado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para tal efecto la sumatoria de tiempos públicos y privados, para lo cual debe advertirse que en anteriores oportunidades la jurisprudencia asumía como verdad incontrastable que el requisito de semanas cotizadas debía ser únicamente satisfecho con las semanas efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones, acogiendo la doctrina probable de la CSJ, toda vez que la H. Sala Laboral de la CSJ, sostenía, en posición mayoritaria, que la densidad de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, debían ser realizadas en forma exclusiva al ISS.

La jurisprudencia, admite que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales, tal como puede verse en sentencias CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020 y CSJ SL2557-2020, y en ellas se advirtió la necesidad de preservar, como un derecho inherente a la prestación pensional, la garantía de las sumatorias de los tiempos públicos y privados, por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hacen parte del sistema de seguridad social integral, de ahí que el parágrafo de dicho articulado deba entenderse así para estos efectos, expuso:

> 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 ultra activa 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.
>
> En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.
>
> 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.

De conformidad con lo anterior, en el caso de autos, se considera hay lugar al estudio de la prestación por vejez en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 que determina que los requisitos para acceder a la pensión de vejez, estos son, para el caso de los hombres, haber cumplido 60 años de edad y haber cotizado 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Frente a ello, debe señalarse que el demandante alcanzó a cotizar al 30 de abril de 2012 un total de 1002,56 semanas, es decir, que se cumple con el segundo supuesto que contempla el artículo 12 del citado acuerdo, por lo que se hace merecedor de la pensión de vejez invocada, como quiera que la edad de 60 años la había alcanzado el 22 de diciembre de 2011. Así pues, como el juez de primer grado llegó a similares conclusiones será confirmada la decisión en este puntual aspecto.

Respecto de la fecha de disfrute de la prestación, se encuentra acreditado en el plenario que desde el 30 de abril de 2012 el actor dejó de cotizar como independiente (Exp. Digital: «*05-CONTESTACION COLPENSIONES.pdf*». Págs. 109 a 118), siendo exigible la prestación desde esa calenda; y frente al valor de la mesada pensional, debe señalarse que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece que para quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10

años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1° de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas (ver entre otras, las sentencias CSJ SL2510-2017, la SL2575-2021 y SL949-2022).

En ese orden de ideas, acogiendo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, se tiene que el accionante cumplió la edad exigida por el Acuerdo 049 de 1990 al cumplir los 60 años de edad, el 22 de diciembre de 2011, pues nació el mismo día y mes del año 1951, fecha que permite colegir que la causación del derecho se dio vencidos los 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que permite concluir que la liquidación del IBL debe ser realizada de conformidad con lo reglado por el artículo 21 ibídem, situación que por la densidad de cotizaciones acreditada al 31 de abril de 2012 que sumaron 1.002,56 viabiliza realizar su cálculo con base en el promedio salarial de los últimos 10 años de su vida laboral, número de cotizaciones que también permite concluir que al actor le asiste derecho a que la tasa de reemplazo sea calculada con un 75% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, en aras de determinar si el cálculo efectuado por el juez de primera instancia es correcto, se procedió a realizar las operaciones de rigor, estableciéndose que para la fecha en que se causó el derecho, esto es, al 1 de mayo de 2012, el cálculo arrojó un IBL de $ 3.607.881,81, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 75%, arrojando una mesada pensional de $2.705.911,36 para el año 2012 cifra que es superior a la

mesada pensional reconocida por el a quo ($1.588.542.), razón por la cual habrá de modificarse ésta última cifra, tal como solicita el recurrente por activa. Lo anterior según el siguiente cuadro, correspondiente a la liquidación efectuada por el actuario asignado a esta Corporación por parte del Consejo Superior de la Judicatura:

AÑO	N°. DÍAS	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR DE INDEXACIÓN	SUELDO PROMEDIO MENSUAL	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ANUAL
1985	61	1,950	76,19	39,072	$127.432,92	$4.979.032,83	$10.124.033,43
1986	365	2,380	76,19	32,013	$3.450,00	$110.443,49	$1.343.729,10
1987	275	2,880	76,19	26,455	$139.786,36	$3.698.028,84	$33.898.597,66
1988	184	3,580	76,19	21,282	$274.595,99	$5.843.985,58	$35.843.111,55
1989	365	4,580	76,19	16,635	$386.675,16	$6.432.484,86	$78.261.899,08
1990	297	5,780	76,19	13,182	$478.305,48	$6.304.860,64	$62.418.120,37
1991	356	7,650	76,19	9,959	$714.667,76	$7.117.717,23	$84.463.577,84
1992	144	9,700	76,19	7,855	$714.668,00	$5.613.459,27	$26.944.604,50
2001	14	43,270	76,19	1,761	$840.000,00	$1.479.075,57	$690.235,27
2007	227	61,330	76,19	1,242	$3.738.057,27	$4.643.772,76	$35.137.880,54
2008	210	64,820	76,19	1,175	$3.981.000,00	$4.679.302,53	$32.755.117,71
2009	300	69,800	76,19	1,092	$1.488.700,00	$1.624.986,43	$16.249.864,33
2010	329	71,200	76,19	1,070	$513.486,32	$549.473,64	$6.025.894,21
2011	353	73,450	76,19	1,037	$534.274,79	$554.205,53	$6.521.151,72
2012	120	76,190	76,19	1,000	$567.000,00	$567.000,00	$2.268.000,00
TOTAL DÍAS		3600	TOTAL DEVENGADO ACTUALIZADO A 2012:				$432.945.817,29
TOTAL SEMANAS		514,29	**INGRESO BASE LIQUIDACIÓN**				$3.607.881,81
TOTAL AÑOS		10,00	**PORCENTAJE APLICADO**				75%
PRIMERA MESADA							$2.705.911,36
SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE AÑO 2012							$566.700,00

Previo a determinar el valor del retroactivo, debe la sala de decisión indicar frente a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, que para ello se debe tener en cuenta que la pensión de vejez se causó el 1° de mayo de 2012, por lo que en los términos del art. 151 del CPTSS, el actor contaba con 3 años a partir de esta fecha para elevar la respectiva reclamación administrativa o judicial.

Ahora bien, conforme se advierte en la Resolución GNR 358036 del 16 de diciembre de 2013, el demandante presentó una primera solicitud pensional el día 14 de diciembre de 2012, siéndole negada la prestación por medio de la Resolución GNR 358036 del 16 de diciembre de 2013, (Exp. Digital: «*05-CONTESTACIÓN COLPENSIONES.pdf*». Págs. 336 a 340), decisión contra la cual no interpuso recurso alguno.

Posteriormente, el 14 de abril de 2015, solicitó nuevamente la prestación por vejez, siéndole resuelta a través de la Resolución GNR369271 del 20 de noviembre de 2015 y presentó una nueva solicitud pensional, la cual fue

resuelta definitivamente a través del Acto Administrativo No. GNR133287 del 04 de mayo de 2016 (Pág. 438 a 444), notificada el 10 de mayo de 2016 (Pág. 369). Luego, el 21 de marzo de 2017, registró ante la demandada una nueva petición pensional que fue resuelta de forma negativa a través de las resoluciones SUB91586 del 08 de junio de 2017, SUB 238687 del 26 de octubre de 2017, DIR 21679 del 28 de noviembre de 2017 y SUB 226560 del 27 de agosto de 2018 (Págs. 445 a 508). A continuación, procedió nuevamente a solicitar el derecho pensional por vejez, el 13 de noviembre de 2018, petición negada finalmente a través de la Resolución DPE13160 del 12 de noviembre de 2019 (Págs. 509 a 533). Aunado a lo anterior, se efectuó una última solicitud pensional que data del 24 de julio de 2020 (Pág. 194), respecto de la cual, COLPENSIONES se pronunció el 03 de agosto de 2020 requiriendo al señor Vásquez Gaviria para que adosara documentación en aras de proseguir con el trámite, sin que se encuentre prueba en el expediente de que se haya dado cumplimiento a ello (Pág. 193).

Ahora, si bien es cierto que el actor presentó multitud de peticiones en torno a reclamar la pensión por vejez, debe recordarse que, como se trata de una prestación periódica resulta claro que al tenor de los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS y según el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, vigente desde la sentencia CSJ SL, 31 may. 2007, rad. 26506, reiterada en las sentencias CSJ SL794-2013 y CSJ SL5404-2018, CSJ SL244-2019 en la cual se expresó:

> El ad quem, en lo que concierne al fenómeno de la prescripción, adujo que "el fenómeno de la prescripción se interrumpió el 1 de marzo de 1996, día en que se presentó escrito de agotamiento de la vía gubernativa. Entre el 1 de marzo de 1996 y el 21 de mayo de 1999, día en que se presentó la demanda transcurrieron más de 3 años. Luego las mesadas pensionales descontadas de las pensiones de jubilación causadas con anterioridad al 21 de mayo de 1999, no son exigibles judicialmente.
>
> Con fundamento en lo previsto por el artículo 488 del C.S.T. en concordancia con el 151 del C.P.T.S.S, la exégesis que realizó el Tribunal para declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda, resulta equivocada.
>
> En efecto, si bien es cierto que el actor interrumpió el término prescriptivo con la reclamación administrativa, que hizo el 1º de marzo de 1996, tal fenómeno se produjo respecto de la diferencia en las mesadas pensionales que se causaron con anterioridad a dicha fecha, por lo que las nuevas obligaciones generadas con

> posterioridad, también podían ser interrumpidas con la presentación de la demanda, como ocurrió en este caso, sin que pueda pregonarse una doble interrupción.
>
> La Corte Suprema de Justicia en torno a la figura jurídica de la prescripción, ha precisado que en materia laboral es aplicable el artículo 90 del C.P.C., por cuanto las acciones laborales pueden ser interrumpidas a través de dos mecanismos distintos que no son excluyentes, esto es, el extrajudicial, que se cumple mediante el escrito que se hace al empleador por parte del trabajador del derecho pretendido, conforme al artículo 489 del C.S.T., en concordancia con el 151 del C.P.T.S.S., y el judicial, que se surte con la presentación de la demanda, en los términos y condiciones a que alude el artículo 90 del C.P.C. Así lo explicó en sentencias de 16 de septiembre y 13 de diciembre de 2001, radicaciones 15791 y 16725, respectivamente, al igual que en la de 7 de marzo de 2003, radicación 18515.
>
> Resulta claro que tratándose de obligaciones de cumplimiento instantáneo, en una fecha única, la prescripción opera igualmente en un solo momento, esto es, en una fecha cierta contada desde que aquella obligación se hizo exigible. Tal es el caso de la cesantía, la prima de servicios o la compensación de las vacaciones.
>
> **Pero frente a derechos que se causan periódicamente como son las mesadas pensionales, dicho fenómeno prescriptivo se contabiliza también periódicamente, es decir, frente a cada mesada, en la medida de su exigibilidad.**
>
> En esas condiciones, frente al primer tipo de obligaciones la prescripción solo se interrumpirá con un escrito, en los términos del artículo 489 del C.P.L y S.S.; **distinto del caso de las segundas obligaciones, de tracto sucesivo, toda vez que, respecto de ellas podrán elevarse varias reclamaciones, obviamente frente a cada derecho individualmente considerado, vale decir, cada mesada pensional**.
>
> Corresponde, reiterar que conforme con el artículo 90 del C. de P. C. la interrupción del término prescriptivo opera también con la presentación de la demanda, y por lo tanto, puede aplicarse esa figura jurídica respecto a derechos no reclamados por vía extrajudicial, como en el caso de mesadas pensionales, cuya causación se haya producido en el tiempo transcurrido desde la última reclamación escrita elevada por el beneficiario. La misma consideración cabe frente a cualquier derecho laboral, es decir que presentada la demanda y surtido su trámite acorde con los términos del precepto comentado, se interrumpe la prescripción y en caso de reconocimiento se cumple desde tres años atrás a la aludida presentación. (Negrillas de ajenas al texto original).

Asimismo, en sentencia CSJ SL8544-2016, reiterada en la CSJ SL4222-2017, el Alto Tribunal sostuvo adoctrinó:

> El estado jurídico de pensionado o jubilado implica el derecho a percibir mensualmente una renta, producto del ahorro forzoso, del trabajo realizado en vida o de cuando se tenía plena capacidad para laborar. De ahí, el carácter vitalicio del derecho, inextinguible por prescripción, y la connotación de tracto sucesivo de las prestaciones autónomas que de él emanan; todo

> lo cual significa que, si bien es imprescriptible el derecho a la pensión o, si se quiere, el estado de pensionado, **sí son esencialmente prescriptibles sus manifestaciones patrimoniales**, **representadas en las mesadas pensionales** o en las diferencias exigibles.
>
> Al respecto, vale la pena recordar y reivindicar los argumentos expuestos por esta Corporación en sentencia CSJ SL, 26 may. 1986, rad. 0052:
>
> Ahora bien, respecto al fondo del asunto se observa que conforme lo ha definido la jurisprudencia, la pensión de jubilación por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en sí mismo, sino en lo atinente a las mesadas dejadas de cobrar por espacio de tres años […]. (Negrillas de ajenas al texto original).

Mientras que en la sentencia CSJ SL4340-2019, se recordó que entratándose de este tipo de prestaciones de tracto sucesivo, como las pensiones, *«el término extintivo opera de manera autónoma e independiente, sobre las mesadas que se causan mes a mes, por tratarse de una prestación periódica […]»*.

Finalmente, en la sentencia CSJ SL1052-2021, la Sala de Casación Laboral recordó que, «*cuando se trata de una prestación periódica, el lapso se debe contabilizar con respecto a cada una de las que se causen sucesivamente,* ***existiendo la posibilidad de reclamar por cada una individual y sucesivamente***». (Negrillas de ajenas al texto original).

Conforme al anterior recuento jurisprudencial, sobre este particular aspecto de la alzada, se tiene entonces que, como el derecho se hizo exigible el 01 de mayo de 2012, el término prescriptivo se contabiliza a partir de ese momento hasta por tres años con relación a las mesadas que se iban causando mes a mes, siendo interrumpido inicialmente el 14 de diciembre de 2012, por un término igual, hasta la misma fecha de 2015. Sin embargo, como bien pudo advertirse no se promovió la acción judicial en ese trienio, de modo que las mesadas causadas respecto a esa primigenia reclamación, que se itera, operó por una única vez, prescribieron.

Ahora bien, el accionante radicó una nueva reclamación el 21 de marzo de 2017, que fue resuelta a través de las resoluciones SUB91586 del 08 de

junio de 2017, SUB 238687 del 26 de octubre de 2017, DIR 21679 del 28 de noviembre de 2017 y SUB 226560 del 27 de agosto de 2018 (Págs. 445 a 508), siéndole notificada la última de ellas al promotor juicio, el 28 de agosto de 2018 (pág. 386), por lo que esta petición tuvo la vocación de interrumpir y suspender el término de prescripción del 14 de diciembre de 2015 al 28 de agosto de 2018, iniciando a correr el término de prescripción en esta última data, hasta el 28 de agosto de 2021. Contando el actor con este mismo término (tres años), para promover el proceso judicial y verificada el acta individual de reparto, se evidencia que la demanda fue radicada el 19 de mayo de 2021 (Exp. Digital: «*02- ACTA DE REPARTO.pdf*»), esto es, dentro del referido término de tres años, por lo tanto, le prescribieron las mesadas causadas con anterioridad al 14 de diciembre de 2015. Se aclara en este punto que las reclamaciones efectuadas con posterioridad, resultan inanes al haberse presentado la demanda en los términos explicados.

Corolario de lo expuesto, conforme al vigente y reiterado criterio de la Sala de Casación Laboral, respecto a las prestaciones periódicas como lo son las mesadas pensionales, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2014, criterio que se acompasa con los dispuesto en los artículos 488, 489 del CST y el referido 151 del CPTSS, de ahí que deba modificarse la decisión de primera instancia.

En ese orden, una vez realizas las operaciones aritméticas del caso, el valor del retroactivo para el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2015 y el 31 de mayo de 2022, esta arroja la suma $292.549.795 calculada sobre 13 mesadas anuales, por haberse configurado la prestación con posterioridad al referido Acto Legislativo que las restringió a 13 a partir de su vigencia, sin embargo, el *a quo* declaró prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 19 de mayo de 2018, esto es, 3 años anteriores a la presentación de la demanda, en ese sentido, habrá de modificarse la decisión, igualmente, en el sentido de cuantificarse el retroactivo en los términos antes señalados, sin perjuicio del que se siga causando en lo sucesivo.

EVOLUCIÓN MESADA PENSIONAL					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***

01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 2.705.911,00*	*Prescritas*	*Prescritas*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 2.771.935,00*	*Prescritas*	*Prescritas*
01/01/14	*20/03/14*	*1,94%*	*$ 2.825.711,00*	*Prescritas*	*Prescritas*
21/03/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 2.825.711,00*	*Prescritas*	*Prescritas*
15/12/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 2.929.132,00*	*00,53*	*$1.552.440,0*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 3.127.434,00*	*13,00*	*$40.656.642,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 3.307.261,00*	*13,00*	*$42.994.393,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 3.442.528,00*	*13,00*	*$44.752.864,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 3.552.000,00*	*13,00*	*$46.176.000,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 3.686.976,00*	*13,00*	*$47.930.688,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 3.746.336,00*	*13,00*	*$48.702.368,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 3.956.880,00*	*5,00*	*$19.784.400,0*
				TOTAL RETROACTIVO	*$292.549.795,0*

Frente a la imposición de los intereses moratorios, regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que los mismos no son procedentes cuando el reconocimiento de la prestación se origina en un cambio de criterio jurisprudencial, en consideración a que el proceder de la entidad de seguridad social no puede calificarse como arbitrario o caprichoso (CSJ SL1586-2020).

Recuérdese que la accionada no reconoció la pensión de vejez solicitada por el demandante atendiendo a que le dio aplicación al entendimiento e interpretación normativa según el cual no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente realizadas al régimen de prima media administrado hoy por la accionada, a efectos de obtener la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año (CSJ SL032-2018, reiterada en la CSJ SL1652-2018).

Ahora bien, desde la sentencia CSJ SL 1981-2020 reiterada en las CSJ SL1947-2020 y CSJ SL507-2021, es posible definir el derecho pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990 accediéndose a la sumatoria de tiempos cotizados en el ISS con los laborados en el sector público no aportados, siendo ello razones atendibles con suficiente respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder a su reconocimiento, de suerte que es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permite su exoneración. De ahí

que deba confirmarse la decisión en este puntual aspecto, incluyendo la orden de indexar en forma subsidiaria el retroactivo causado.

En consecuencia, no es posible imponer los intereses moratorios reclamados por reconocerse la prestación en aplicación a un cambio jurisprudencial, como se presenta en el *examine* (CSJ SL 6 dic. 2011, rad. 30852, CSJ SL 787-2013, rad.43602, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016 y CSJ SL17725-2017).

Por último, en atención a lo dispuesto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3 del Decreto 692 de 1994, la demandada deberá realizar las deducciones para cotización en salud respecto del retroactivo pensional, con destino a la EPS a la que esté afiliado el actor, tal como se dispuso igualmente en sentencia CSJ SL2557-2020, en consecuencia, se confirmará el fallo de primer grado en tal aspecto.

Conforme a lo expuesto se modificará la decisión objeto de estudio. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido **DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de diciembre de 2015, según lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** a pagar al demandante la pensión de vejez, a partir del 15 de diciembre de 2015, en cuantía inicial

$2.929.132,00, conforme a los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia. Se confirma en lo demás el ordinal.

TERCERO: MODIFICAR EL PARÁGRAFO DEL ORDINAL TERCERO, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional causado entre el 15 de diciembre de 2015 y hasta el 31 de mayo de la presente anualidad, asciende a la suma de $292.549.795, sin perjuicio del que se cause en lo sucesivo, conforme se consideró en precedencia. En lo demás, se confirma el parágrafo del ordinal tercero.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la decisión. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ibidem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **024-2020-00298-**01

Demandante:	**CARLOS ARTURO VARGAS SÁNCHEZ**
Demandada:	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de la accionadas Porvenir SA y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado (24) veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, del veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2022). De igual manera, revisará la aludida providencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Carlos Arturo Vargas Sánchez llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declarara la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al del Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, a través de Porvenir SA, efectuado el 23 de

febrero del 2000. En consecuencia, se ordenara a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes que efectuó al RAIS, con los valores obtenidos en virtud de la vinculación tales como cotizaciones, bonos pensionales y todos los rendimientos que se hubieren causado, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

De manera subsidiaria, se declarara la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir SA, ante la omisión del deber de información y en general respecto a las implicaciones que tenía el traslado al de ahorro individual con solidaridad.

Fundamentó sus peticiones, en que: nació el 14 de febrero de 1956 (01 Demanda y Anexos 00298.pdf pág. 5.); comenzó su vida laboral, cotizando para efectos pensionales al Instituto del Seguro Sociales ISS, hoy Colpensiones, el 21 de febrero de 1991; aportó un total de 1406 semanas aproximadas entre ambos regímenes; se trasladó al RAIS, por medio de Porvenir SA el 23 febrero de 2000, lo cual efectuó sin tener información concreta y veraz de las consecuencias de su decisión, porque aquella omitió dar información de las ventajas y/o desventajas sobre el traslado o cambio de régimen pensional, del de prima media al de ahorro individual; no se le brindó una información completa, clara, veraz, oportuna y suficiente sobre las diferencias entre uno y otro régimen, ni las desventajas del RAIS y mucho menos las implicaciones del traslado.

Explicó que para el año 2000 Porvenir SA, no le informó: en qué consistía el derecho de retracto, el funcionamiento del destino de los recursos a las primas de invalidez y sobrevivencia; la posibilidad de negociar el bono pensional, la fecha de redención de este; la influencia de la expectativa de vida y la de sus beneficiarios; cuál era el límite temporal para que se pudiera trasladar al régimen de prima media administrado por Colpensiones; tampoco existe constancia alguna de la que se pueda inferir que le fue suministrada información pertinente de cuál podría ser el futuro pensional en los dos regímenes pensionales, tales como proyecciones futuras, tasa de reemplazo, entre otras.

Sostuvo, que mediante escrito del 26 de septiembre de 2018 pidió a Porvenir SA el traslado de régimen, a efectos de retornar al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, la que fue negada mediante comunicación del 1 de octubre del mismo año.

De la misma manera, agregó que el 13 de febrero de 2020, pidió de anulación del traslado de régimen pensional realizado, a la hoy administradora del régimen de prima media, Colpensiones, la cual dio respuesta negativa el 15 de febrero de la misma anualidad (Exp. Digital: «*01 Demanda y Anexos 00298.pdf*» Fls. 6 a 39).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir SA rechazó las pretensiones. En cuanto a los hechos dijo no constarle y los negó. En su defensa, argumentó que todas sus actuaciones están precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a esta Administradora de Fondos de Pensiones lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPTSS, prueba de lo anterior, era el formulario de afiliación mediante el cual el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, esto se evidencia en el aparte del formulario, voluntad de selección y afiliación suscrito por el accionante.

Indicó que para la fecha en que el actor se afilió voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Porvenir SA, no tenía consolidado derecho pensional alguno, de manera que no existía razón jurídica ni fáctica para que la AFP, le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de régimen; no es posible que se configure una nulidad relativa porque el acto jurídico lo celebró una persona relativamente capaz y no se evidencia vicios en el consentimiento a los que hace referencia el art. 1508 del CC, esto es error, fuerza o dolo.

Presentó como excepciones de mérito, las de «*Prescripción*», «*Buena fe*», «*Inexistencia de la obligación*», «*Compensación*» y la «*genérica*» (Exp. Digital: «*04 Contestación Demanda.pdf*», Fls. 2 a 32).

A su turno, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relativos a la afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones en el régimen de prima media, la reclamación efectuada por el actor en torno a reactivar su afiliación y sobre la representación judicial de la demandante. Negó e indicó no constarle los demás supuestos.

Como razones de defensa, afirmó que el demandante presentó solicitud de traslado al RPM ante Colpensiones el trece (13) de febrero de 2020, sin embargo, está inmerso en la prohibición legal para realizar traslado, ya que contaba con 63 años para dicha data y no tenía 15 años de cotización. Complementa su dicho, en que el accionante no es beneficiario del régimen de transición, porque al 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y menos de 374 semanas cotizadas ante el RPM pues llevaba cotizando tan solo 3 años.

Propuso los medios exceptivos de «*la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*», «*responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social*», «*sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento*», «*inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)*», «*buena fe de Colpensiones*», «*cobro de lo no debido*», «*falta de causa para pedir*», «*presunción de legalidad de los actos jurídicos*», «*inexistencia del derecho reclamado*» «*prescripción*» e «*innominada o genérica*» (Exp. Digital: «*05 Contestación Colpensiones.pdf*», Fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

> **PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación que hizo el señor **CARLOS ARTURO VARGAS SÁNCHEZ** al RAIS a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, mediante suscripción de formulario el 29 de febrero de

2000 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor **CARLOS ARTURO VARGAS SÁNCHEZ** nunca estuvo vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **CARLOS ARTURO VARGAS SÁNCHEZ** como fueron cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual al momento de realizarse el respectivo traslado, junto con lo deducido por concepto de gastos de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a recibir al señor CARLOS ARTURO VARGAS SÁNCHEZ como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros trasladados por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: Sin condena en costas en la instancia [...].

Consideró que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, enseña que la expresión libre y voluntaria de que trata el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es una selección de régimen libre y voluntaria por parte del afiliado, nace de la manifestación por escrito de su elección al momento de la vinculación y el traslado; a su vez, indicó que en términos originales del literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, inicialmente los afiliados podían trasladarse cada tres (3) años, artículo que fuera modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 en el sentido de indicar que el traslado se podía realizar cada cinco (5) años, así como señalar que después de un año de la entrada en vigencia de la mencionada norma los afiliados no podían trasladarse cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para acceder al derecho pensional.

Señaló que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 indica que la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes y demás prestaciones

económicas a que haya lugar, esa selección de cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado. Por otra parte señaló que, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 dispone la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado y la que mejor se ajuste a sus intereses, haciendo referencia al acceso a la información para que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas, desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal.

Precisó que en caso de un traslado de régimen son deberes y obligaciones entre las administradoras, los siguientes: *(i)* la información que comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional *(ii)* el deber de proporcionar a sus afiliados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría de la información entre una administradora y un afiliado en materias de alta complejidad *(iii)* también se tiene la obligación del buen consejo, de una información que se ha proporcionado con la prudencia de quien sabe el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado.

Aseguró, que desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, con la expedición de la Ley 100 de 1993, el deber de brindar información a los afiliados sobre el sistema pensional tiene un mayor grado de intensidad y esta obligación se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar el cumplimiento teniendo en cuenta el momento histórico en que debía cumplirse; que el simple consentimiento vertido en el formulario afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información, por tanto, se requiere el consentimiento informado, y es el fondo de pensiones a quien le corresponde el deber de asumir la carga de la prueba pues la violación del deber de información puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado, si es o no beneficiario del régimen de transición, si está cercano o no de pensionarse, conforme a las particularidades de cada asunto.

En ese orden, evidenció que cuando el señor Carlos Arturo Vargas se vinculó al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir SA para el mes de febrero del año 2000, tal y como consta en el formulario de afiliación, tenía la obligación como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes decisiones, de brindar la información al demandante de manera objetiva, comparada y transparente sobre las características del Régimen de Prima Media y las del RAIS.

Razonó que Porvenir SA no aportó elementos probatorios que dieran fe de una asesoría al demandante frente a las características de cada régimen pensional, resultando insuficiente la suscripción del formulario de afiliación allegado, que si bien, contiene la manifestación de que la voluntad del demandante era libre, espontánea y sin presiones, no se acreditó que previo a la suscripción del mismo, la convocada a juicio Porvenir S.A. le hubiera suministrado algún tipo de información tal y como lo manifestó el demandante en interrogatorio de parte y de la que no se puede deducir confesión alguna.

Señaló que como en el presente caso las administradoras incumplieron con el deber de brindar información al momento de la afiliación, era dable declarar la ineficacia de la vinculación del afiliado al RAIS, y no la nulidad sustancial de la misma, por tanto, el afiliado no debe entrar a demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo.

Respecto a la excepción de prescripción, estableció que no se puede perder de vista que el artículo 48 de la Constitución Política indica que el derecho a la Seguridad Social es un derecho subjetivo, irrenunciable, imprescriptible e inescindible como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrieron los hechos y se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles, siendo en definitiva, la declaratoria de ineficacia imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa, con ello, los derechos que nacen de aquella tienen igual formación como son los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La AFP Porvenir SA, apeló la sentencia de primer grado, en el entendido que tal como quedó comprobado existió la suscripción del formulario de afiliación, vinculación emanada de la libertad de escogencia de régimen pensional del actor para el año 2000 y que se surtió la asesoría y se brindó información, año para el que no obraba exigencia legal de emitir evidencia documental de la asesoría brindada y la misma podría ser verbal, el único documento que se exigía era el formulario de afiliación desconocido por el *ad quo*.

Manifestó que: la declaración de ineficacia de traslado desconoció el principio de confianza legítima dotado en el documento de afiliación, dejando a la demandada imposibilitada para ejercer su derecho de defensa; la prohibición legal del literal *e.* del artículo 2° contenido en la Ley 797 del 2003 en la que se encuentra inmerso el actor, prohibición que no ha sido impuesta por el legislador de manera caprichosa, sino en aras de mantener la sostenibilidad financiera; ha realizado una debida administración sobre los aportes, obteniendo unos rendimientos, así como favoreciendo al accionante en torno a su capital, sin embargo, con esa declaratoria se genera una devolución de dineros a Colpensiones, entidad que no ha generado utilidades al demandante.

Subsidiariamente, pidió se revoque de manera parcial la condena en gastos de administración, en el entendido que estos cubren las contingencias de invalidez, sobrevivencia y que también se generan dentro del Régimen de Prima Media comoquiera que estos valores ya se encuentran asumidos por la AFP y los únicos a retornar frente a una declaratoria ineficacia son los consistentes en aportes y rendimientos conforme el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, así como el concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero del año 2020, por lo que no obra fundamento legal, además que de manera taxativa indique que los gastos de administración han de ser devueltos frente a una declaración de ineficacia los que son de tracto sucesivo no siendo susceptibles de devolución, pues no van a financiar la mesada pensional de la parte actora, como tampoco a que de su propio patrimonio se realice una emisión de dinero.

Por su parte, Colpensiones solicitó se revoque el fallo de primera instancia, toda vez que no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en el entendido de que es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el

actor y Porvenir SA, comoquiera que todos los actos jurídicos tienen efectos *interpartes* por lo que independientemente de la decisión adoptada en razón a la declaratoria ineficacia no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues como se ha manifestado nada tuvo que ver con la decisión tomada por el demandante, por lo que pidió no sea condenada a recibir al accionante como afiliado al RPM, pues con la condena impuesta impactaría el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y la reserva presupuestaria que se destina para tales fines, el cual fue establecido por el artículo 48 la Constitución Política y adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Sostuvo que conforme a lo estipulado en el artículo 2° de la Ley 797 2003, el cual modificó literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuando el actor quiso retornar al RPM ya se encontraba inmerso en la prohibición para trasladarse y cuando se declara ineficaz el traslado como lo señala la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, esto es, recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Subsidiariamente pidió se condene a la AFP, que incumplió el deber legal de información al afiliado a pagar los perjuicios económicos a Colpensiones como tercero ajeno a los actos jurídicos, lo anterior en virtud de la teoría del daño del derecho civil, pues quien causa el daño es quien debe repararlo.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas Colpensiones y Porvenir SA en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y los recursos de alzada respectivamente, solicitan se revoque el fallo de primera instancia. La parte actora pidió que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Carlos Arturo Vargas Sánchez del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir SA y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) el demandante nació el 14 de febrero de 1956; ii) el 21 de febrero de 1991 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 29 de febrero de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir SA (Exp. Digital: «*01 DEMANDA Y ANEXOS 00298.pdf*», Fl. 5; «*04 CONTESTACION DEMANDA.pdf*», Fl. 69 y «*GRP-SCH-HL-66554443332211_1913-20210203095404n.*pdf»).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Bajo ese entendido, se tiene que el accionante alcanzó la edad de 62 años el 14 de febrero de 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Porvenir SA y Colpensiones el 26 de septiembre de 2018 y el 13 de febrero de 2020 (Exp. Digital: «*01 DEMANDA Y ANEXOS 00298.pdf*». Fls. 68 a 77), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada a los autos, tenía 124 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «*GRP-*

*SCH-HL-66554443332211_1913-20210203095404n.*pdf»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida-RPMPD al de ahorro individual con solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo

pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado del llamante a juicio la administradora de fondos de pensiones tenía la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-

2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir SA, realizado el 29 de febrero de 2000, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos

referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora Arcila Vásquez, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se itera, que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Ahora, frente al argumento de Porvenir SA, según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones,

aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

> La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que el actor que hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 20 de enero de 2022 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

De otro lado y ante un nuevo estudio, así como la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales

debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester remembrar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

> 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.
>
> En el *sub lite,* la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.
> […]
>
> En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem-.*
>
> Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

> Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»,* debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se itera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

En consecuencia, se adicionará el segundo ordinal, para ordenar a Porvenir SA que retorne a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Además se dispondrá que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que

los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021, CSJ SL3719-2021 y CSJ SL1284-2022). Se confirmará en lo demás, así se decidirá.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir SA en la suma de un SMLMV.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para ordenar a **PORVENIR S.A.** que retorne a **COLPENSIONES** los aportes que tenga el actor en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora.

DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

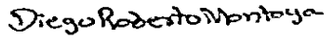
CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, COLPENSIONES Y PORVENIR SA en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifiquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **031-2021-00132**-01

Demandante: **NELSON EMILIO GARCÍA BARRERA**

Demandada: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR SA**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas Porvenir SA y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2022. De igual manera, se revisará la aludida providencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Nelson Emilio García Barrera llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que se declarara la nulidad de la solicitud de vinculación a Porvenir SA, que

generó su cambio de régimen pensional y que pertenece al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD, sin solución de continuidad desde el 7 de octubre de 1999 a la fecha del fallo correspondiente.

Como consecuencia de lo anterior, se condenara a Porvenir SA, a que en el evento de haberse trasladado sus aportes, realizara el reintegro de los aportes para pensión que le fueron consignados junto con los rendimientos financieros generados y los gastos de administración a Colpensiones, las costas, agencias en derecho, se compulsen copias a la Superintendencia Financiera a fin de que adelante las investigaciones correspondientes en relación con la violación a las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en relación con la falta de asesoramiento, respecto al cambio de régimen pensional.

Fundamentó sus peticiones, en que nació el 30 de noviembre 1953, estando afiliado al régimen pensional que administraba el Instituto de Seguros Sociales –ISS desde el 22 de febrero de 1988 hasta 31 de octubre de 1999, sin embargo, el día 7 de octubre de 1999, le fue autorizado mediante formulario de traslado y vinculación, su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS a través de la AFP Porvenir SA donde ha cotizado 285 semanas y continúa realizando aportes a pensión.

Señaló, que dicha AFP violó el deber de información y los principios de buena fe y transparencia ya que nunca le dio a conocer las características tanto del RPMPD como del RAIS sino por el contrario le proporcionó información engañosa, dado que nunca le dio a conocer cuanto era el capital mínimo para acceder a la pensión a cargo del fondo privado, en tanto la edad para pensionarse era dos años mayor que en el régimen de prima media, lo que le generó un evidente perjuicio, además se le indicó que le resultaba más beneficioso trasladarse al Régimen de Ahorro Individual por cuanto podía pensionarse cuanto lo deseara y no le informó que tal afiliación implicaba la renuncia a la transición pensional contempla en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente explicó que el día 16 de marzo de 2020, elevó petición de traslado de aportes y afiliación ante Colpensiones y Porvenir SA, quienes a

la fecha de la presentación de la demanda no le dieron respuesta. (Exp. Digital: «*001. DEMANDA_15_3_2021 15_40_54*»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir SA se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos, indicó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, argumentó que la afiliación del demandante al RAIS con Porvenir SA se dio en el año 1999, de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se apreciaba en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observaba la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, lo cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del articulo 54 A del CPTSS. En tal medida, esgrimió que la pretensión elevada por el accionante no tiene virtud de prosperar, más aún cuando aquel no denunció en su oportunidad transgresión alguna al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Adicionalmente, que le garantizó el derecho de retracto, ya que el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que 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 el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil sin embargo, tal vicio no se prueba y mucho menos es procedente la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues explicó que esta ópera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema es decir, contra conductas dolosas, que en este caso no se alegan ni acreditan. Por último, adujo que al actor le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones de mérito las de «*prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica»* (Exp. Digital: *«010. contestacion PORVENIR.pdf*»).

A su turno, Colpensiones se opuso a las pretensiones y respecto de los hechos aceptó la fecha del nacimiento del accionante, su afiliación al ISS, su edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el traslado del RPMPD al RAIS ante Porvenir SA, frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que el demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la administradora privada Porvenir es nula como lo manifiesta, teniendo en cuenta que cumple con los presupuestos legales para su existencia, no infringe la norma, por lo cual estima que no procede la declaratoria de nulidad y por tanto no puede haber regreso automático al RPMPD

De otra parte, expresó que con observancia en la historia laboral del accionante, al verificar sus tiempos cotizados al 1SS, se observa que tiene un tiempo acumulado de 250 semanas a partir de 1988, de las cuales se tiene que contaba con 24 semanas aproximadamente para el 1 de abril de 1994, por lo que señaló que no tenía 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia no puede retornar al RPMPD por ausencia clara de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia; concluyó que, no es posible su traslado de acuerdo con lo previsto en la ley y especialmente las sentencias CC C-1024-2004, CC SU-062-2010 y CC SU-130-2013, lo que imposibilita legalmente su traslado al régimen de prima media con prestación definida.

Presentó las excepciones de fondo de *«Falta de legitimación en la causa por pasiva», «Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «Buena fe», e «Innominada o genérica».* (Exp. Digital: *«014. Contestación de la Demanda.pdf*»).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticuatro (24) de febrero de dos mil dos (2022), resolvió:

> **PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del traslado de régimen realizado por el demandante **NELSON EMILIO GARCIA BARRERA**, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo al demandante como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.
>
> **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **PORVENIR SA** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** la totalidad de sumas de dinero que recibió el demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos y frutos civiles sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración o seguros, entre otros.
>
> **TERCERO: CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.
>
> **CUARTO: CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A.** al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de $100.000 [...].

Consideró en síntesis que los imperativos legales para determinar si es válida o no la afiliación en el momento que se dio el traslado, son la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal b), el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11 y el Decreto 720 de 1994 artículo 12, los cuales consagran que debe manifestarse por escrito al empleador la elección del régimen pensional, esta debe ser libre y voluntaria y se debe proporcionar a los usuarios la debida información; tales condiciones según el formulario aportado aparentemente se acreditan, sin embargo dado lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se debe analizar el caso bajo la concepción del cumplimiento del deber de información que tienen las AFP desde su creación, el cual no puede acreditarse solamente con tal documental.

Asimismo, de lo sentado sobre la carga de la prueba, cuando se manifiesta por el demandante que no recibió la información se trata de un supuesto negativo que materialmente no puede ser demostrado por quien lo alega, por lo que con base en el criterio jurisprudencial vigente de la CSJ SL, el

demandante no confesó que tuviera información necesaria y suficiente sobre bono pensional, régimen de transición, entre otros, por lo que a demandada Porvenir S.A. no cumplió con su deber de probar que al momento de traslado de régimen se le haya suministrado al accionante información de las características de los regímenes pensionales, según lo se ha establecido jurisprudencialmente, por lo que accedió a declarar la nulidad de traslado del RPMPD al RAIS, con las consecuencias indicados en precedencia.

III. **RECURSO DE APELACIÓN**

Porvenir SA apeló la decisión, con la finalidad de que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que: no se valoró el acervo probatorio presentado; fue ratificada por el actor la decisión de vinculación al RAIS con su permanencia por más de 20 años generando aportes; no se demostró error, fuerza o dolo, pues el accionante indicó que no hubo acto de presión alguna ni siquiera para la firma del formulario de afiliación, por lo que estimó no que quedó demostrado que bajo ninguna circunstancia se afectó su libre consentimiento; a pesar de lo señalado en línea jurisprudencial, el llamante del proceso tenía unos deberes como afiliado que no cumplió; y las sumas por conceptos de actos de administración al ser generados rendimientos a la cuenta del actor que lo favorecieron y aclarando que los mismos son de tracto sucesivo no susceptibles de devolución, pues no financian la mesada pensional es posible que les sea aplicada figura de la prescripción.

A su turno, Colpensiones interpuso recurso de apelación, con fundamento en que al demandante no le asiste el derecho a reintegrarse al RPMPD por encontrarse a menos de 10 años para adquirir la categoría de pensionado, no se evidenciaron vicios del consentimiento y lo que si se denotó fue el cumplimiento del deber de afiliación para la época por parte de Porvenir SA, sumando al margen del tiempo que el actor estuvo vinculado al RAIS, lo cual dejó una señal de intención del demandante a permanecer en dicho régimen, ello según lo reseñado por la CSJ en sentencia SL413-2018.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del CPTSS, las partes presentaron alegaciones, las accionadas Colpensiones y Porvenir SA en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda y los recursos de alzada respectivamente, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. La parte actora solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Nelson Emilio García Barrera del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser negativa dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 30 de noviembre de 1953; ii) el 22 de febrero de 1988 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 07 de octubre del año 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir SA (Exp. Digital: «003. PRUEBA_15_3_2021 15_40_05», Fls. 1, 24 a 28).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789- 2002.

Bajo ese entendido, se tiene que el accionante alcanzó la edad de 62 años el 30 de noviembre de 2015, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones y Porvenir SA, (Fls. 2 a 5, *ib*.) cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 23.71 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: «*GRP-SCH-HL-66554443332211_2075-20210908094600*.pdf»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber

de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado del llamante a juicio la administradora de fondos de pensiones tenía la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la

afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las

condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir SA, realizado el 07 de octubre de 1.999, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento del señor García Barrera, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se itera, que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Ahora, frente al argumento de Porvenir S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989 reiterada en la CSJ SL1501-2022:

> La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Asimismo, el fallo de primera instancia tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De igual modo, se precisa que el hecho de que la parte actora que hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 24 de febrero de 2022 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, la cual será modificada inicialmente en el sentido de precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado.

De otro lado y ante un nuevo estudio, así como la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester remembrar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

> 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.
>
> En el *sub lite,* la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos

retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.
[…]

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem-*.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»,* debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la

moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

En consecuencia, se adicionará el segundo ordinal, para ordenar a Porvenir SA que retorne a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Además se dispondrá que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021, CSJ SL3719-2021 y CSJ SL1284-2022). Se confirmará en lo demás, así se decidirá.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, Colpensiones y Porvenir S.A. en la suma de un SMLMV.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticuatro (24) de febrero de dos mil dos (2022), en el sentido de **DECLARAR la INEFICACIA** del traslado de NELSON EMILIO GARCIA BARRERA al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP Porvenir. En consecuencia, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó a dicho régimen y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para ordenar a PORVENIR SA que retorne a COLPENSIONES los aportes que tenga el actor en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora.

DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

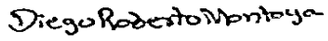
CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario:	**11001310503620190028701**
Demandante:	**DOLLY ESPERANZA DURÁN GARZÓN**
Demandado:	**JARDÍNES DE LOS ANDES S.A.S.**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previsto previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y el demandado contra la sentencia proferida el ocho (8) de septiembre de dos mil veintiunos (2021) por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

Dolly Esperanza Durán Garzón llamó a juicio a Jardines de Los Andes SAS, para que se declarara la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo del 27 de septiembre de 2017, por violación del fuero de estabilidad laboral reforzada y que la accionada es responsable de su pérdida de la capacidad laboral; como consecuencia se le ordenara a reintegrarla al cargo que venía desempeñando o uno superior teniendo en cuenta sus restricciones médicas.

En consecuencia, se condenara a la encartada a pagar los salarios, prestaciones, aportes en seguridad social en pensión, salud y riesgos laborales desde el 28 de septiembre de 2017 y hasta su reintegro; la indemnización plena y ordinaria de perjuicios por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, perjuicios morales y daño a la vida en relación, lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones en que: fue contratada para trabajar como operaria en cultivo de flores por la empresa Noria SA el 20 de mayo de 2005; fue expuesta a factores de riesgo ocupacional, por lo que el médico ortopedista de CAFAM emitió restricciones laborales y le recomendó realizar pausas activas; la Junta Nacional de Calificación en "*dictamen N° 35524613 del 15 de noviembre de 2012*", le determinó sus patologías como de origen profesional, entre estas "*m758 bursitis subacromial derecho, n770 epicondilitis lateral derecha, m796 tendinitis de flexo extensores de puño derecho, g560 síndrome de túnel del carpo bilateral, m751 síndrome de manguito rotador bilateral"*, el que fue notificado el 1 de diciembre de 2012 a la ARL COLMENA, quien manifestó que realizaría el reconocimiento prestacional "*a partir de la calificación en primera oportunidad*".

Afirmó que el 29 de octubre de 2013 por intermedio de médica de auditoría y seguimiento, así como fisioterapeuta especializada en salud ocupacional, fue remitido al empleador documento denominado "*Seguimiento Enfermedades Laborales"* en el cual refiere que la accionante tiene diagnóstico de Síndrome de Túnel del Carpo, calificado como enfermedad laboral, y que por ello ha requerido varias incapacidades.

Informó que el 27 noviembre de 2014, la empresa NORIA SA quien fungió como empleadora, sin tener en cuenta su situación de discapacidad la indujo a suscribir un acuerdo para terminar su relación laboral, lo cual quedó materializado ante el Inspector Séptimo del Trabajo de Bogotá; teniendo en cuenta los graves padecimientos de la actor, un "*juez constitucional*" resolvió amparar sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, la salud y seguridad social, ordenó a Noria SA su reintegro sin solución de continuidad de manera provisional y le concedió 4 meses para promover demanda ordinaria; el 28 de marzo de 2015, la directora de Gestión Humana de Jardines de los Andes SAS le ofició para que se presentara a las oficinas de la empresa para adelantar las gestiones administrativas de su ingreso laboral, pagos y afiliación a seguridad social.

Manifestó que ante el Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas de Bogotá con radicado N° 2016-582 se adelantó proceso ordinario que promovió contra Noria SA el que terminó por substracción de materia, toda vez que en la fecha de celebración de la primera audiencia, la empresa demandada había dejado de existir al liquidarse en el lapso en que transcurrió entre la presentación de la demanda y la celebración de la primera audiencia; que con fecha de 13 de abril de 2015, Jardines de los Andes por intermedio de la directora de salud ocupacional, hizo entrega a la demandante de los dictámenes de calificación de origen emitidos por Arl Colmena.

Precisó que: el 1 de junio de 2015 la empresa Noria SA y Jardines de los Andes SAS celebraron acuerdo de cesión de su contrato laboral, señalando que el mismo no se suspenderá, interrumpirá o extinguirá, en cuanto a su antigüedad y que continuaría con todas sus cargas laborales, legales, tales como prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a partir de esa fecha; fue trasladada por Jardines de los Andes SAS a Positiva Compañía de Seguros SA para que fuera esta entidad quien cubriera los riesgos laborales, por lo que el 7 de mayo del mismo año, fue valorada por "Fisiatría" en el cargo de Operaria de Jardines de Los Andes SAS, quien emitió el dictamen el día 3 de diciembre de 2015 el que calificó su pérdida de capacidad laboral en 27,19% y fecha de estructuración "*miércoles once (11) de noviembre de dos mil quince (2015)*", lo que a su juicio es resultado de años de trabajo y la exposición a factores de riesgo ocupacional donde las empresas antes mencionadas incurrieron en incumplimiento a las normas en salud ocupacional y no controlaron los riesgos laborales, razones por las que al momento de terminación de su contrato era sujeto de estabilidad laboral reforzada, y que JARDINES DE LOS ANDES no solicitó autorización al Ministerio del Trabajo para finalizarlo (Fls. 1-12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Jardines de los Andes SAS, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos admitió los relacionados con la existencia del contrato de trabajo, la cesión que de este se realizó entre Noria SA y Jardines de Los Andes SAS, el último salario devengado y el salario base para su liquidación final. En cuanto a los hechos relativos a su enfermedad y a los dictámenes, manifestó que no le constaban, y aclaró los relacionados con la terminación del contrato de trabajo, pues adujo que la protección constitucional cesó el día veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

En su defensa afirmó que: el contrato de la demandante terminó por mutuo acuerdo el 17 de noviembre de 2014; el contenido del documento de terminación fue radicado por la accionante y la empresa Noria SA en audiencia de conciliación, la cual hizo tránsito a cosa juzgada y por tanto cualquier reclamación carece de fundamento; la comunicación de veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), fue entregada a la actora como quiera que cesaran los efectos de la tutela al terminar el proceso ordinario laboral que buscaba el reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada; no hay lugar a que se realice ningún pago por concepto de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social integral en salud, pensión y riesgos laborales y tampoco procede el reintegro pretendido; no es la responsable de la pérdida de la capacidad laboral toda vez que recibió en cesión un contrato que se mantenía vigente exclusivamente por disposición de un fallo de

tutela y no puede pretender pago por concepto de indemnización plena y ordinaria de perjuicios cuando no se ha incurrido en culpa patronal.

Formuló como excepciones previas las de cosa juzgada, prescripción y de fondo las de «*inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado*», «*cobro de lo no debido*», «*cosa juzgada*», y «*buena fe*» (Fls. 98-121).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el ocho (8) de septiembre de dos mil veintiunos (2021), resolvió:

> **PRIMERO:** Declarar que existió culpa de Jardines de Los Andes S.A.S., en las enfermedades profesionales que padece la señora Dolly Esperanza Durán Garzón.
>
> **SEGUNDO:** Condenar a la encartada a pagar a la demandante:
> a. Sesenta y dos millones cuatrocientos diecisiete mil trescientos cuarenta y cinco pesos con ochenta y siete centavos ($62.417.345,87), por lucro cesante consolidado y futuro.
> b. Diez millones de pesos ($10.000.000), por perjuicios morales, y
> c. Cinco millones de pesos ($5.000.000), por perjuicios fisiológicos.
>
> **TERCERO:** Declarar no probada la excepción de prescripción.
>
> **CUARTO:** Absolver a Jardines de los Andes S.A.S., de las demás pretensiones incoadas en su contra.
>
> **QUINTO:** Condenar en costas a la demandada. Liquídense con la suma de CINCO MILLONES DE PESOS ($5.000.000) a título de agencias en derecho.

Consideró que la demandante efectivamente se encontró vinculada mediante un contrato a término indefinido con la empresa liquidada NORIA SA, quien posteriormente celebró contrato con la demandada Jardines de los Andes.

Adujo que ninguna situación de discapacidad puede ser el medio para despedir un trabajador, salvo que exista autorización del Ministerio del Trabajo, para lo cual recordó lo enseñado en la sentencia SL 711 de 2021, la cual señala que se entienden como sujetos de especial protección a aquellos trabajadores con pérdida de capacidad laboral superior al 15%, y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la demandante arrojó una pérdida del 27.19% con fecha de estructuración del 11 de noviembre de 2015, de origen laboral; que la misma presentaba quebrantos de salud, y que como producto de lesiones de carácter laboral le fue determinada pérdida de capacidad laboral; no obstante, consideró que esas circunstancias no implican de manera automática que sea beneficiaria del artículo 26 de la Ley 361 de 1991, porque la fecha de su pérdida es posterior al acuerdo de terminación del contrato de trabajo inicial y del contenido de la norma y

diferentes decisiones jurisprudenciales, se deben verificar las circunstancias que derivaron la terminación del vínculo, es decir, si se habla de un despido o una terminación unilateral sin justa causa o basada en el estado de salud de la trabajadora.

Señaló que no hay en la norma una causal legal, como la alegada por Jardines de Los Andes SAS, y en virtud de la cual se mencionó que ante la terminación del proceso laboral en contra de la empresa se rectificó la decisión inicial en cuanto a que el contrato finalizó por mutuo acuerdo, pues consideró que se debe tener en cuenta que la decisión adoptada por la empresa el 26 de septiembre de 2017, está exenta de fundamento ya que se verificó que en el proceso adelantado en el Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas Laborales, no se ratificó la determinación de la sentencia de tutela.

Afirmó que la decisión de finalizar el contrato, es decir, la terminación por mutuo acuerdo se derivó de la pérdida de vigencia de la medida constitucional transitoria, por lo que no se podría afirmar que existe una causa válida para que la empresa se remitiera al acuerdo inicial suscrito ya que la medida adoptada lo que hizo fue dejar en suspenso la finalización por mutuo acuerdo del contrato que se dio el 27 de noviembre de 2014 y con ello no puede valorarse como una nueva desvinculación la del 26 de noviembre de 2017 cuando únicamente se ejecutó el acuerdo con el que las partes habían dado por finalizado el contrato de trabajo.

En lo atiente a la culpa patronal, explicó que el empleador no probó diligentemente haber dado cumplimiento a su obligación respecto de las recomendaciones médicas dadas a la demandante, pues únicamente aportó al plenario, el Manual SG-SST de Jardines de Los Andes, el cual fue elaborado en el mes de enero de 2017, fecha posterior al primer diagnóstico de la enfermedad de la accionante, la cual data del 2009, e igualmente posterior al dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la ARL, que data del año 2015; por ello, consideró que la accionada no mitigó los riesgos que generaban las actividades a desarrollar por la actora.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que no opera para las condenas por lucro cesante, perjuicios morales y fisiológicos, ni daño a la vida en relación; en lo atinente a la prescripción de la indemnización plena de perjuicios, informó que el término prescriptivo debe contarse desde que el trabajador es calificado, y que para el caso puntual de la accionante, fue calificada el 03 de diciembre de 2015 con fecha de estructuración 11 de noviembre del mismo año, fue reclamada dicha indemnización el 11 de mayo de 2018 y presentada la demanda el 29 de marzo de 2019, y que por lo tanto este emolumento tampoco prescribió.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la demandante presentó recurso de apelación, señalando que la Juez omitió el estudio de la estabilidad laboral reforzada solicitado, así como la procedencia de la condena por 180 días de la Ley 361 de 1997.

Explicó que, en el Juzgado Quinto Laboral de Pequeñas Causas Laborales, el proceso fue finalizado p*or "sustracción de materia al haberse liquidado la demandada"*, y que por lo tanto la pretensión por estabilidad laboral reforzada nunca fue estudiada de fondo. Al tenor, aseveró que, de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no es necesaria la calificación de pérdida de capacidad, para determinar que el trabajador goza de estabilidad laboral reforzada, pues basta con que el sujeto padezca de graves enfermedades o complicaciones que disminuyan su potencial físico, es decir, que al mismo no le sea posible desarrollar actividades que otras personas en condiciones de buena salud sí podrían.

Mencionó que en consideración a las facultades ultra y extra petita, el Tribunal deberá condenar a Jardines de los Andes al pago de la sanción de 180 días de salario por haber violado la norma, pues en ningún caso los empleadores pueden usar la conciliación para exonerarse del cumplimiento del mandato constitucional de solidaridad, además de las obligaciones impuestas por la garantía efectiva de los derechos fundamentales de la actora; que en este sentido, la conciliación no puede ser empleada como un mecanismo para validar la terminación de una relación laboral en un contexto donde una de las partes se encuentra en situación de debilidad manifiesta en razón de su enfermedad ya que podría prestarse para evadir el deber de solicitar el permiso de la autoridad laboral competente para efectuar el despido o cualquier otro deber que le imponga la constitución y la ley para garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Por su parte, el apoderado de la demandada apeló la sentencia parcialmente, argumentando estar en desacuerdo con la decisión de imponer una culpa patronal, ordenando el pago de perjuicios por lucro cesante consolidado y futuro, así como por perjuicios morales y daño a la vida en relación, para lo cual indicó que se encontró demostrado que Jardines De Los Andes, cumplió con sus obligaciones desde el año 2009 cuando conoció de las recomendaciones médicas dadas a la accionante; aunado a ello, insistió que la demandada no empeoró sus condiciones de salud pues siempre veló por la misma; por ello, adujo que como quiera que había cumplido con su deber de "*padre de familia*" al brindar los cuidados y la atención

necesaria a la actora, no habría lugar a la imposición de las condenas antes mencionadas. De igual forma, indicó que el contrato de trabajo finalizó en virtud de un acuerdo de conciliación laboral, por lo que a su juicio debió estudiarse la excepción de cosa juzgada como excepción de fondo, debido que en la mentada conciliación no se estudiaron derechos ciertos e irrenunciables, sino los inciertos que pudieron surgir durante la vigencia de la relación laboral.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los apoderados de las partes se pronunciaron en similares términos a los esbozados en sus recursos de apelación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión estudiar los siguientes problemas jurídicos:

- En primer lugar, establecer si en el presente caso, se encuentra suficientemente demostrada la culpa patronal, en los padecimientos de la actora, relacionados con la enfermedad laboral que le fue dictaminada.
- Establecer si debe estudiarse la excepción de cosa juzgada en favor de Jardines de Los Andes SAS.
- Igualmente, se deberá establecer si hay lugar o no, a ordenar a la demandada Jardines de Los Andes, el reintegro de la accionante Dolly Esperanza Durán Garzón, así como el pago de la indemnización por estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consistente en 180 días de salario.

IV. CONSIDERACIONES

Previo al análisis del problema objeto de controversia, cabe resaltar que no es materia de debate que: entre las partes existió una relación laboral como consecuencia de la cesión de contrato que realizó la empresa Noria SA, en el mes de junio de 2015; que dicho vínculo finalizó en dos oportunidades, esto es, el 27 de noviembre de 2014 por mutuo acuerdo (con la empresa Noria SA), siendo reintegrada posteriormente como consecuencia de orden impartida en fallo de tutela de fecha 24 de marzo de 2015, proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Civil del

Circuito de Bogotá, y desvinculada nuevamente el 26 de septiembre de 2017 (por Jardines de Los Andes SAS), por vencimiento del amparo constitucional; que la accionante interpuso demanda laboral en contra de Noria SA, con la finalidad de que se ratificara la decisión impartida en el fallo de tutela mencionado, pues su reintegro había sido ordenado de manera transitoria; que dicha demanda correspondió por reparto al Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas Laborales, quien lo finalizó de forma anticipada por falta del demandado, toda vez que Noria SA, se había liquidado en el año 2015, hecho pacíficamente aceptado por la partes; que la demandante, presentaba afectaciones en su estado de salud, aproximadamente desde el año 2009, entre ellas las denominadas: *síndrome de túnel carpiano moderado bilateral, síndrome del manguito rotatorio derecho, epicondilitis lateral derecha, otras sinovitis tenosinovitis de puño derecho*, siendo calificada por la ARL Positiva, quien emitió dictamen el día 3 de diciembre de 2015 el que calificó su pérdida de capacidad laboral en 27,19% y fecha de estructuración once (11) de noviembre de dos mil quince (2015), de origen laboral.

Establecido lo anterior, procede la Sala a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS, encontrando los siguientes:

- Dictamen pérdida de capacidad laboral donde se determina que la enfermedad es de carácter laboral, de fecha 15 de noviembre de 2012 (fls. 20-23).
- Concepto médico laboral Colmena, que indica recomendaciones laborales y seguimiento a enfermedades laborales, del 25 de septiembre de 2013 (fls. 26-28).
- Control de evolución de enfermedades, del 17 de febrero de 2015 (fls. 29-30).
- Cumplimiento de fallo de tutela, del 30 de marzo de 2015 (fls. 31-33).
- Concepto médico laboral Colmena, del 07 de enero de 2009 (fls. 36).
- Acuerdo de cesión de contrato entre Noria SA y Jardines de Los Andes SAS, del 01 de junio de 2015 (fls. 37-38, 150-151).
- Liquidación de contrato de trabajo por terminación del amparo constitucional del 26 de septiembre de 2017 (fls. 40).
- Historia Clínica de Dolly Esperanza Durán Garzón (fls. 41-44).
- Formulario de dictamen para calificación de pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez (fls. 56-67).
- Contrato de trabajo suscrito entre Noria SA y la demandante Dolly Esperanza Durán Garzón (fls. 122).

- Terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre Noria SA y la accionante, de fecha 27 de noviembre de 2014 (fls. 126-128).
- Fallo de tutela del 24 de marzo de 2015, proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá, donde se ordenó reintegro como mecanismo transitorio (fls. 139-144).
- Documento terminación del contrato de trabajo del 26 de septiembre de 2017 (fls. 152).
- Manual documental SG-ST de enero de 2017 (fls. 169-223).

Ahora bien, para seguir en orden metodológico de los puntos de alzada planteados por ambas partes, se adentrará esta Colegiatura en lo pertinente a sí existió culpa patronal suficientemente comprobada en la enfermedad laboral de la accionante, la que trajo como consecuencia las condenas impuestas en primera instancia.

DE LA CULPA PATRONAL

La culpa patronal se erige como elemento determinante para derivar la responsabilidad subjetiva del patrono que ha incumplido con una de las obligaciones esenciales que emergen de la relación laboral en brindar protección y seguridad a sus trabajadores, conforme lo prevé el art. 56 del CST; concatenada con la obligación especial, que le impone el numeral 2, del art. 57 de la misma obra, consistente en «*procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud*»; es así, como la culpa que toma el artículo 216 del CST, para dar cabida a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios a cargo del empleador, se equipara a la culpa leve de que trata el artículo 63 del CC, definida como aquella falta de diligencia y cuidado que debe emplear un hombre en sus negocios propios, o inclusive, como la falta de cuidado que ejerce un buen padre de familia. Amén de lo dicho, la culpa patronal entraña un mínimo de protección, que debe estar apegada a las exigencias de la Ley y los reglamentos que propugnan por la adopción de un sistema de prevención de riesgos laborales al interior de la empresa empleadora, lo cual conlleva que el empleador esté obligado a diseñar una matriz de riesgos a través de la cual pueda tener conciencia de las contingencias a las que se ven expuestos sus trabajadores, por lo que se pueden presentar dos situaciones a saber: (i) la primera, que a pesar de tener conocimiento del daño que puede ocasionar el colocar a su trabajador en determinadas circunstancias de riesgo, aun así, confía en poder evitarlo, o (ii) la segunda, cuando ni siquiera ha gestionado un sistema de identificación, medición y prevención de riesgos; a pesar que el mismo es previsible por el conocimiento

fáctico del empleador o la experticia con que cuenta para poder hacer o realizar una proyección de los riesgos a que somete al trabajador.

Es por lo anterior, que, para poder detectar la configuración de una culpa patronal, necesariamente ello conduce a desentrañar los elementos de la responsabilidad civil en la ocurrencia de un siniestro, que contempla todos aquellos elementos básicos de la responsabilidad que acoge el derecho común, siendo estos, fundamentalmente, los siguientes:

1. Un hecho dañoso imputable al empleador, esto es, un accidente de trabajo o enfermedad profesional;
2. La culpa patronal antes descrita.
3. El daño o los perjuicios ocasionados a la víctima; esto es, la incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte ocasionada a un trabajador; y
4. El nexo causal entre el daño y la culpa, supuesto que requiere que el perjuicio sufrido por el trabajador, o su familia, sea el resultado de la culpa del empleador, es decir, que de haber actuado el empleador con la diligencia y cuidado debidos, no se hubiera ocasionado el siniestro laboral.

Lo anterior denota una característica distintiva de la culpa patronal, y es que el tipo de responsabilidad que de ella se deriva es subjetiva, caso en el cual se puede reclamar la reparación plena de perjuicios ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, cuya responsabilidad es de tipo subjetivo referente a la responsabilidad del empleador en el acaecimiento del siniestro laboral, en tanto que se deriva de la comprobación de la culpa patronal, evento en el cual, el empleador está obligado a la reparación plena de todos los perjuicios que se prueben en el proceso laboral, esto es, los daños materiales, que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, así como los daños inmateriales causados; y otra, cuya responsabilidad es de carácter objetivo, es decir, que basta con que se compruebe la existencia del accidente de trabajo, medie o no la culpa patronal, cuya indemnización es tarifada, es decir, que el valor a reparar está definido por la Ley según el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral o muerte del trabajador, reparación que está a cargo de la administradora de riesgos laborales a la que se encuentre afiliado el trabajador, y no excluye la indemnización plena de perjuicios, es decir, que ambas pueden ser concurrentes, de modo que ambas se derivan de responsabilidades, fuentes normativas y destinatarios diferentes.

Ahora bien, el punto álgido se suscita principalmente en lo que atañe a la culpa patronal, frente a lo cual, la doctrina probable que ha desarrollado la Alta Corte de esta especialidad, enseña que en principio es deber del trabajador demandante demostrar la negligencia o culpa de su empleador, y en tal caso, el empleador puede contradecirla, acreditando que actuó con suficiente diligencia y cuidado, en su deber de protección. Es preciso remembrar, que de antaño y concretamente en los pronunciamientos del 10 de marzo de 2005, radicado 23547; y 10 de mayo de 2006, radicado 26126 reiterada en la CSJ SL1194-2022, la Corte había establecido un criterio de ventaja probatoria para el trabajador, que apuntaba a que a éste sólo le correspondía probar los hechos que dieran cuenta del accidente de trabajo o enfermedad laboral; entre tanto, al empleador que fuere demandado por el incumplimiento de sus obligaciones patronales, debía asumir la inversión de la carga de la prueba, y en consecuencia, aportar los elementos de convicción que acrediten que actuó con diligencia y cuidado.

Esta postura se ha morigerado al acoplarse con el principio procesal que orienta el actual régimen probatorio, atinente a que corresponde a las partes probar los hechos de su incumbencia, esta nueva tendencia jurisprudencial no desecha la inversión de la carga de la prueba que viene impregnando el precedente jurisprudencial, pero si exige un despliegue probatorio más proactivo por parte del trabajador litigioso, pues no puede bastar con que acredite la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, pues para que se pueda dar cabida a la plurimencionada inversión de la carga de la prueba, al menos debe acreditarse por parte del trabajador, lo siguiente:

- Acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el accidente de trabajo o la enfermedad laboral.
- Comprobar el nexo causal entre la falta de diligencia y cuidado por parte del empleador y el accidente o enfermedad, es decir, que la omisión patronal en el cumplimiento de sus obligaciones de protección y seguridad, haya sido eficiente y determinante para que ocurriera el infortunio laboral.

Este razonamiento en torno a la carga de la prueba en la culpa patronal, exige que al menos se hayan acreditado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el siniestro laboral, para que a partir del conocimiento que tenga el Juzgador sobre la forma en que se dio el accidente o la enfermedad, y ante la ausencia probatoria del cumplimiento de los deberes de protección y seguridad, según el caso, se pueda invertir la carga de la prueba, pues de ninguna manera puede sustraerse absolutamente el trabajador de acreditar los hechos de su

incumbencia, y reducir su actividad probatoria a la somera acreditación de la existencia de un eventual accidente de trabajo o enfermedad laboral, de modo que si bien es cierto aquél no debe acreditar la culpa patronal en toda la extensión fáctica que se requiere para su configuración, si debe proveer al Juez Laboral de los medios persuasivos que den cuenta de todas las circunstancias que rodearon el siniestro, pues sobre esa base, y de la mano de la ausencia del hecho demostrativo de haber actuado con diligencia y cuidado por parte del empleador, es que se tienen los elementos de juicio para arribar a la conclusión que se está ante una culpa patronal comprobada, que es el adjetivo que presupone la norma que consagra la indemnización por el insuceso generado. Tal intelección, también se desprende de lo analizado en reciente sentencia SL806-2022, en la que se razonó:

> En lo pertinente, según la sentencia gravada, «si el trabajador alega que la accionada omitió capacitar a los empleados para operar la cizalla mecánica, a esta le corresponde demostrar que no incurrió en dicha negligencia aportando las pruebas de haber adoptado las medidas pertinentes (…)». Este entendimiento se aviene con el antecedente jurisprudencial que se dice fue desconocido parcialmente. Ciertamente, en la providencia del año 2015, se discurrió:
>
> > En efecto, en primer lugar, esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que «…la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en la realización del trabajo…» (CSJ SL2799-2014).
> >
> > Adicionalmente, como lo subraya la censura, ha dicho que a pesar de lo anterior, «…cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.» (CSJ SL7181-2015).
> >
> > Esto es, la Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre muchas otras). (Subraya la Sala)

Decantado como está que, al menos debe aparecer acreditado dentro del plenario como lo indica la Corte «*las circunstancias que rodearon el siniestro*»; encuentra esta Sala de Decisión que en el caso objeto de estudio, se aportaron como medios de

convicción los mencionados anteriormente como son: Dictamen pérdida de capacidad laboral de fecha 15 de noviembre de 2012 (fls. 20-23), Notificación a Noria SA del dictamen de la Junta Nacional de Calificación Laboral donde se establece el origen de la enfermedad de la demandante, del 01 de diciembre de 2012 (fls. 24), Concepto médico laboral Colmena de seguimiento de enfermedades laborales y recomendaciones sin modificaciones, del 25 de septiembre de 2013 (fls. 26-28), Historia clínica - Control de evolución de enfermedades, del 17 de febrero de 2015 (fls. 29-30), Concepto médico laboral Colmena, del 07 de enero de 2009 (fls. 36), Historia Clínica de Dolly Esperanza Durán Garzón (fls. 41-44), Formulario de dictamen para calificación de pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez (fls. 56-67);

Es de anotar que de la documental obrante a folios 26-28, Concepto Médico Laboral Colmena, se advierte que el cargo de la demandante era el de Agricultor Varios – Diseño y Muestras, cuyas actividades consistían en:

- Diseño: Actividades administrativas, en oficina, debe revisar las listas de programación diarias, verificar que se cuenten con todos los productos para la programación del día, si se requiere algún producto pedirlo, y prepara las recetas, (grupos de surtido).
- Muestras: En el área de pos cosecha, alista los baldes de acuerdo a la programación, alista la flor, y de acuerdo a la lista organiza los ramos, amarra con caucho y los deja en el balde, mete en capuchón, al finalizar recoge los residuos en el piso y organiza el área.

Además, del testimonio de Maritza Puerto Celis, se desprende que la accionante sufría de una dificultad en sus manos, que le dolían todo el tiempo y nos soportaba el dolor; que su función era realizar las recetas y los cambios de recetas cuando se agotaba una variedad de flores; informó que a la demandante se le dificultaba todo, por ejemplo, jugar con su nieta o lavar la loza pues se la pasaba estresada del dolor.

Por su parte, Gladys Durán Garzón, quien refirió ser hermana de la demandante, explicó que la actora trabaja en el sector floricultor hace aproximadamente 15 a 20 años, y que el dolor en las manos empezó hace unos 10 años como consecuencia de su trabajo. Indicó que actualmente no puede realizar las actividades que una

persona sana realizaría como lavar a mano, trapear, tender la cama, montar bicicleta, cargar a su nieta, jugar tejo; adicionalmente, informó que la accionante se encuentra afectada a nivel psicológico pues hasta en la parte intima ya que tiene afectaciones en manos y brazos.

En este contexto, la demandada Jardines de Los Andes SAS, arrimó como prueba documental con la finalidad de desvirtuar la culpa que le endilga la accionante en el acaecimiento de su enfermedad laboral, el Manual documental SG-ST de enero de 2017 (fls. 169-223); asimismo, trajo las testigos Angela Ramírez Rincón, quien manifestó que la demandante se encontraba en el área de diseño y muestra, que no tenía usos de tijeras ni de baldes, pues su función se centraba en el cambio de flores para los buques, los cuales no pesaban más de 1kg; que los elementos suministrados a ella fueron guantes domésticos, chaqueta y pantalón térmico para cuarto frío. De la misma manera, la testigo Edith García, informó que la actora era bastante sana y fue por el año 2009 cuando comenzó a presentar dolencias. Que, para el seguimiento de sus trabajadores, tenían implementado un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, con la finalidad de mitigar los riesgos y cuidar la salud de sus empleados. En cuanto a la situación particular de la demandante, explicó que ella venía con recomendaciones médicas desde el año 2009, donde les ordenaron su reubicación y que no tuviera trabajo repetitivo ni levantar pesos superiores a 5kg, y que dicha reubicación cumplía con todas las normas por lo cual allí permaneció hasta la finalización del contrato de trabajo.

Del análisis en conjunto de dichos medios probatorios analizados bajo el prisma de la sana critica que establece el artículo 61 del CPT y SS, considera la Sala que en este caso la parte actora sí acreditó el acaecimiento de su enfermedad laboral y, tal y como concluyó la juez, se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en los términos del artículo 261 del CST. En efecto, las pruebas previamente señaladas, dan cuenta de las circunstancias que rodearon la enfermedad laboral, donde no se logra evidenciar el acompañamiento de la demandada Jardines de Los Andes SAS ni que haya ejercido las protocolos o reglamentos de seguridad y salud en el trabajo, pues incluso, se observa que no fue allegado manual alguno para los años 2009-2015, fechas en las cuales la demandante ya se encontraba calificada y se había determinado el origen de su discapacidad como de carácter laboral. Es así que, se evidencia negligencia de la empresa, así como fallas que conllevan el incumplimiento de su deber mínimo de protección y cuidado, muy a pesar de que se verificó que la accionante fue reubicada en su puesto de trabajo, no obstante, como se explicó, continuó

ejecutando labores que requerían el uso constante de su fuerza de trabajo en brazos y manos, pues manipulaba baldes, alistaba la flor, recogía los residuos, entre otros, funciones debidamente comprobadas por la ARL Colmena, en visita para el seguimiento de enfermedades laborales.

Conforme a lo antes indicado, considera la Sala que se ha probado suficientemente la culpa del empleador, la cual desde luego no se encuentra desvirtuada en el plenario, pues como quedó visto en el análisis realizado, se concluye que Jardines de Los Andes SAS, no cumplió con la carga procesal de demostrar que actuó con diligencia y precaución para resguardar la salud y la integridad de la trabajadora Dolly Esperanza Durán Garzón, por lo que la empresa no acató las obligaciones generales de protección y seguridad para con sus subordinados que consagra el artículo 56 del CST y las obligaciones especiales indicadas en el artículo 57 ibídem numerales 1° y 2°, lo que significa que, el empleador no acreditó que haya tenido una conducta que la eximiera de responsabilidad, en cuanto a haber realizado un acompañamiento y a que hubiere mitigado los riesgos a los que estuvo expuesta la accionante, en cuanto a las labores repetitivas que adelantaba diariamente, pues de haber obrado conforme a los anteriores mandatos, se habría evitado la enfermedad laboral que padece.

En ese sentido, no puede salir avante la tesis del apoderado de la demandada, cuando manifiesta que no empeoró las condiciones de salud de la demandante, pues siempre veló por ella, además de afirmar haber cumplido con su deber de diligencia y cuidado, razón por la que se confirmará lo atinente a este punto, así como el monto de las respectivas condenas, las cuales no fueron objeto de apelación por parte de Jardines de Los Andes SAS.

Ahora bien, en lo concerniente a la excepción de cosa juzgada, que consideró el recurrente debió ser estudiada nuevamente como excepción de fondo, considera esta Corporación que tampoco le asiste razón al apoderado, por cuanto dicha excepción ya había sido resuelta como previa en la Audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, estableciéndose como no probada, y sin que se observe situación sobreviniente que pueda modificar dicha decisión, pues la proposición de la excepción se fundamentó en el acuerdo suscrito entre las partes el 27 de noviembre de 2014, del cual la juez de primera instancia, ya había decidido, resolviendo que no había lugar a declararla probada, por cuanto las pretensiones de la demanda giraban en torno al despido del 26 de septiembre de 2017 sobre el cual no fue suscrito conciliación o transacción, y no a la terminación del año 2014. Es así que, a juicio de esta Sala de Decisión, no habría lugar a abordar nuevamente un estudio de una excepción que ya había sido resuelta previamente.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Sea lo primero indicar, que tal como lo señaló el apoderado de la parte demandante, si bien fue presentado proceso ordinario laboral en el año 2015, el cual correspondió por reparto al Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas Laborales, y que finalizó por inexistencia del demandando, al liquidarse la empresa Noria SA, lo cierto es que no existió decisión alguna que ratificara o denegara el reintegro ordenado de forma transitoria por el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá, pues como ya se había explicado, el ordinario laboral terminó de manera anticipada ante la liquidación de la demandada en aquel proceso. Es por ello que, considera esta Sala que el estudio de la estabilidad laboral reforzada por la terminación del 27 de noviembre de 2014 y por extensión la del 26 de septiembre de 2017, debe realizarse por cuanto se observa con meridiana claridad que la demanda también persigue esta pretensión, y mal haría la Sala en ignorar su estudio, basándose en las razones de la juez de primera instancia, quien adujo que no podría valorarse como nueva la desvinculación del año 2017, pues esta solo habría sido una consecuencia del acuerdo suscrito en el año 2014, la cual ya se había decidido en el Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas Laborales, púes esta afirmación no atiende a la realidad, ya que se reitera que el mencionado Juzgado no profirió decisión alguna en cuanto al reintegro de manera transitoria, al haberse liquidado la empresa demandada Noria S.A., por ello se procederá al estudio de esta solicitud.

Descendiendo a este punto de apelación, la Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Es así que, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que las fechas de terminación del contrato de trabajo son posteriores a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponden a septiembre de 2014 y noviembre de 2017 (fls. 40, 126-128 y 152).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para lo protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360-2018, cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo 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 una justa causa para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas al caso concreto, considera esta Sala de Decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada siquiera como moderada, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud de la trabajadora y el despido o la desvinculación laboral de que fue objeto y, que el empleador conociera previamente de dicha limitación.

Conforme a lo anterior, es claro para la corporación que la demandante debe acreditar que hay una limitación o afectación en su estado de salud para ejercer la labor que venía ejecutando normalmente, y que el empleador conocía de ella previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar la protección de la Ley 361 de 1997, lo cual es consecuente con la fuerza vinculante de las sentencias de exequibillidad de la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación de la norma que se invoca y la sentencia de unificación mencionada.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión, el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 27 de noviembre de 2014 (ejecutado el 26 de septiembre de 2017), la actora Dolly Esperanza Durán Garzón, se encontraba en estado de limitación física que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que la demandada el día 26 de septiembre de 2017, entregó a la demandante misiva en la cual se le informaba sobre la terminación de su contrato laboral a partir de esa fecha, por "*terminación del amparo constitucional*" y legalidad de la terminación del 27 de noviembre de 2014 (fls. 152), lo que permite concluir que desde el 27 de noviembre de 2014 hacía atrás se debe establecer si la actora contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que su estado de salud pudo dar lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez revisada la documental aportada y que fue mencionada previamente, es claro que la demandante desde el año 2009, venía presentando fuertes dolores y afecciones en brazos y manos, y que previo a la finalización del contrato laboral del 27 de noviembre de 2014 e incluso la del 26 de septiembre de 2017, la demandante se encontraba calificada con pérdida de capacidad laboral del 27.19% por enfermedad de origen laboral, con recomendaciones médico laborales vigentes. Aunado a lo anterior, se pudo establecer que su empleador conocía sus patologías y dolencias, como quiera que la

ARL Colmena, en varias oportunidades les notificó tanto de los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación, como de las recomendaciones de reubicación y de seguimiento a su puesto de trabajo.

La Sala precisa que a pesar de haber impetrado la parte actora, demanda ordinaria laboral antecedente a esta, venciéndose el término de cuatro meses, el que condicionó el fallo de tutela que protegió sus derechos fundamentales, se dio la continuidad del vínculo laboral por lo que podría predicarse la no solución de continuidad del mismo.

Debe aclararse, que, aunque la relación laboral para el 27 de noviembre de 2014, finalizó por suscripción de acuerdo entre las partes, lo cierto es que, en aquella oportunidad, el Juez de tutela decidió que dicho acuerdo vulneraba la estabilidad laboral reforzada de la actora, razón por la que ordenó el reintegro de manera transitoria, y en consecuencia, la demandante como ya se explicó, presentó demanda ordinaria laboral para ratificar la anterior providencia; sin embargo, dicho litigio finalizó anticipadamente sin que hubiere podido decidirse respecto de la ratificación o negativa del reintegro, con lo cual, el demandado Jardines de Los Andes SAS, concluyó finalizada la protección constitucional para el 26 de septiembre de 2017, tomando por zanjado el asunto de la finalización de la relación laboral, y ejecutando un despido al considerar que no existían razones para continuar la relación laboral con Dolly Esperanza Durán Garzón.

En ese orden de ideas, del anterior barrido probatorio, se palpa con meridiana claridad, que la demandada siempre tuvo conocimiento del deficitario previo estado de salud de la actora y, adicionalmente, en razón de ello, esta decidió dar por terminado el contrato de trabajo de la señora Durán Garzón, por lo cual considera esta Sala de Decisión que no podía ser despedida o terminado su contrato sino con previa autorización del Ministerio del Trabajo, esgrimiendo en todo momento y poniendo en conocimiento el estado de salud de la actora ante dicha entidad; pues el empleador aquí demandado tuvo conocimiento del estado de limitación física que soportaba la accionante al momento de finalizar el contrato de trabajo el 27 de noviembre de 2014.

Así las cosas, concluye diáfanamente la Corporación que la entidad demandada no logró probar una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo de la demandante, con lo que la presunción a su favor queda confirmada en la medida que se acredita el nexo causal entre el previo estado de salud deficitario de la demandante que era de conocimiento de la empleadora y la terminación del vínculo laboral, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En virtud de lo

anterior, y teniendo en cuenta que la actora devengaba para la fecha en que se hizo efectiva la terminación la suma de novecientos un mil quinientos veinticuatro pesos ($901.524), los cuales consistían en un salario básico de setecientos cincuenta y seis mil seiscientos veintinueve pesos ($756.629) más una base variable de ciento cuarenta y cuatro mil ochocientos noventa y cinco pesos ($144.895), esta Sala considera que para la indemnización de 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la demandada deberá pagar la suma de cinco millones cuatrocientos nueve mil ciento cuarenta y cuatro pesos ($5.409.144).

En concordancia con todo lo anterior, teniendo en cuenta que la finalización de la relación laboral es ilegal, se ordenará a la demandada Jardines de Los Andes SAS, reintegrar a la accionante Dolly Esperanza Durán Garzón, a un cargo de igual o mayor jerarquía que el que ocupaba al momento en que se hizo efectiva la terminación, atendiendo las recomendaciones médicas y su estado de salud, y, como consecuencia de ello, se condenará a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, que dejó de percibir por el tiempo en que no estuvo vigente la relación laboral, de conformidad con el último salario devengado por ella, desde el 28 de septiembre de 2017, y hasta que se realice el reintegro de la actora.

Por lo expuesto, se revocará el numeral cuarto de la sentencia apelada, se ordenará el reintegro, y condenará al pago de indemnización de 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social en pensiones, dejados de percibir, de acuerdo con las razones antes expuestas. Se confirmará la sentencia en todo lo demás, sin costas en esta instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, para en su lugar **DECLARAR** que la demandante **DOLLY ESPERANZA DURÁN GARZÓN**, gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de la finalización de la relación laboral, del 27 de noviembre de 2014, y por lo tanto desvinculación es ilegal.

SEGUNDO: **ORDENAR** a la demandada **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S.**, **REINTEGRAR** a la demandante **DOLLY ESPERANZA DURÁN GARZÓN**, a un cargo de igual o mayor jerarquía que el que ocupaba al momento en que se hizo efectiva la terminación, atendiendo las recomendaciones médicas y su estado de salud.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S.**, al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes en seguridad social en pensiones, de la demandante **DOLLY ESPERANZA DURÁN GARZÓN**, desde el 28 de septiembre de 2017 y hasta que sea haga efectivo el reintegro.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **JARDINES DE LOS ANDES S.A.S.**, al pago de la suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS ($5.409.144), por concepto de indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

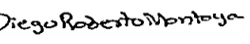
SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADA PONENTE: ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- **038-2020-00211**-02

Demandante:	**MERCY HERNÁNDEZ GALINDO**
Demandada:	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A.**

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por la Magistrada Sustanciadora, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

Mercy Hernández Galindo llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA), a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA (antes Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declarara la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD al de ahorro individual con solidaridad –

RAIS administrado por Porvenir SA en "*el mes de julio del año 1994"*, en consecuencia, la inoperancia de sus efectos y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Del mismo modo, se condenara a Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías SA, a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS, se profieran las condenas *extra* y *ultra petita* pertinentes y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, en que: nació el 23 de junio de 1965; el día 5 de febrero de 1985, se afilió al sistema general de pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones-, en calidad de trabajadora dependiente; que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones continuaba cotizando al pensiones a través del ISS; que en el "*mes de junio del año 1994"*, cuando se vinculó laboralmente con el empleador Holcim Premezclados SA, se afilió al RAIS a través de Porvenir SA, ya que los asesores de la administradora de fondos privada lo persuadieron para obtener su afiliación.

Argumentó que al momento del traslado o vinculación al RAIS, no fue asesorada ni informada por la AFP de manera completa, clara, adecuada, suficiente y cierta; respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, como tampoco cuando se trasladó a Skandia SA en el mes de enero de 1998 ni le fue proporcionada información suficiente respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones.

En idénticos términos afirmó que el día 11 de marzo de 2020 solicitó ante "*Colfondos S.A.",* la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado con sus respectivas consecuencias, lo mismo hizo el día siguiente ante Colpensiones y Porvenir SA, de las cuales obtuvo respuesta negativa por parte de Porvenir SA y AFP Skandia SA, el 24 de marzo de 2020 no obstante, señaló que de Colpensiones no recibió contestación (Exp. Digital: «01Demanda»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías SA se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó parcialmente los relativos al

traslado a la AFP y a su respuesta de la reclamación administrativa, sin que le constaran los demás supuestos.

En su defensa, argumentó que no es posible declarar que Mercy Hernández Galindo, se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones, al considerar que la vinculación con la entidad se realizó siguiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole a la demandante toda la información para que tomara la decisión consciente de afiliarse.

Formuló como excepciones de fondo las de «*Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de Régimen» «La demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de Régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado», «Ausencia de configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «Ausencia de falta al deber de asesoría e información», «Los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante»* (Exp. Digital: «07ContestacionDemandaSkandia»).

A su turno, Porvenir SA solicitó negar los requerimientos de la demandante e indicó que aquella tomó la decisión de cambio de régimen de manera libre e informada. Respecto de los hechos dijo no constarle o no ser ciertos.

Para defender su causa, precisó que la vinculación de la demandante con Porvenir SA en el año 1994 estuvo precedida de su voluntad después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS, le fueron indicadas sus condiciones pensionales como consta en la solicitud de vinculación, de lo cual mencionó ser un documento público que emana la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 el que se presume auténtico, y se expresó que la selección del RAIS la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones.

Manifestó, que la accionante: debió acreditar cualquiera de las eventualidades que en forma expresa establece el artículo 1741 del CC, así como que el acto jurídico contenía un objeto o causa ilícita; alega un vicio

en el consentimiento, por lo que ante dicho supuesto solo podría operar una nulidad relativa siendo susceptible de ratificación, la cual ha operado; adujo que la construcción de la prestación pensional opera de tracto sucesivo mediante el pago de aportes mensuales, que en este caso fue durante 26 años, en los cuales, contó con amplios términos de solicitud de nuevo cambio de régimen pensional para retornar al RPMPD, no obstante, indicó que el traslado solo fue solicitado por la actora cuando ya habían vencido los términos legales previstos para el efecto.

Presentó las excepciones de mérito de *«Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación», «Compensación», y «Excepción genérica»,* Exp. Digital: «10ContestacionPorvenir20201123»).

Finalmente, Colpensiones rechazó las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la edad, vinculación en un inicio al régimen de prima media y posteriormente el traslado a una administradora de fondo de pensiones privada – AFP, sin que le constara los demás supuestos.

Expuso como argumentos de defensa que: la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora Privada, por lo cual no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional efectuado por la accionante; los aportes por solicitud de la actora se realizaron con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario; y la solicitud de afiliación a Porvenir en el año 1994 cumplió con los requisitos establecidos en la sentencia CC C-1024-2004, y CC C-789-2002, basadas en el artículo 2º de Ley 797 de 2003 que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Formuló como excepciones de fondo las de «*Inexistencia del derecho y de la obligación» «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «Prescripción», «Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas», e «innominada o genérica»* (Exp. Digital: «Contestación Nulidad de traslado MERCY HERNÁNDEZ GALINDO»).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

> **PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas **A.F.P. SKANDIA S.A., A.F.P. PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por MERCY HERNANDEZ GALINDO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.
>
> **SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.
>
> **TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000, en favor de cada una de las accionadas.
>
> **CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el **SUPERIOR.** […].

Indicó que conforme lo previsto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las personas que cumplan con los requisitos para ser afiliados al RAIS no podrán ser rechazadas por los fondos privados, pues podrían incurrir en una conducta de selección adversa, por lo cual la AFP tenía la obligación de admitir la afiliación de la demandante.

Precisó que en los términos anotados por la actora, su proceso de afiliación no se dio a instancia de la administradora, sino en trámite con el empleador, para lo cual, reseñó que analizada la existencia de un vicio en el consentimiento, no halló constreñimiento alguno para efectuar el traslado, máxime cuando la afiliada con ocasión de su cambio de cargo e incremento de su nivel de ingreso puso hacer una valoración acerca del régimen más conveniente, por lo que indicó, el derecho de libre elección no se vio afectado, sin embargo, aclaró que, sin desconocer la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, debía probarse que no hubo un consentimiento informado y que esa circunstancia se originó en un error, fuerza o dolo, sin que en el sub lite lo encontrara acreditado.

Razonó que durante más de 20 años la demandante no efectuó declaración alguna donde se mostrara inconforme con el régimen al cual se encontraba

afiliada, lo que ratificó su voluntad de pertenecer al mismo por medio de su afiliación tácita, y de acceder a las súplicas del libelo demandatorio se estaría frente a una decisión inconstitucional por parte del operador judicial, cercenando principalmente el principio de igualdad frente a los demás afiliados del régimen de prima media, así como la estabilidad financiera del RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló la decisión, para que se revocara en su totalidad y se aceda a sus pretensiones, con fundamento en que: el *a quo* realizó una valoración inadecuada de su interrogatorio de parte, puesto que, no afirmó que recibió una asesoría individualizada; al momento del traslado del régimen la AFP sólo le informó las ventajas del traslado, guardando silencio sobre las desventajas, yendo en contravía de la línea jurisprudencial de la CSJ decantada desde el año 2011, así tuviera algún conocimiento en seguridad social, pues está establecido por el órgano de cierre de la jurisdicción las etapas del deber de información, no siendo expectativas; los efectos posteriores al traslado no son saneables, considerando que no hay prueba que demostrara actos de relacionamiento; y de la práctica de pruebas no hubo confesión de su parte.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas presentaron alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar acceda a sus pretensiones.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Mercy Hernández Galindo del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir SA y

Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías SA y como consecuencia, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de apelación los siguientes supuestos fácticos: i) la demandante nació el 23 de junio de 1965; ii) el 05 de febrero de 1985 se afilió al ISS, entonces administrador del régimen de prima media con prestación definida, y ii) el 18 de mayo de del año 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. (Exp. Digital: «*01Demanda*», Fl. 20; «*10ContestacionPorvenir20201123*» Fl. 58 y «*HL MERCY HERNANDEZ GALINDO*»).

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Bajo ese entendido, se tiene que la demandante alcanzó la edad de 57 años el 23 de junio del presente año, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a Colpensiones, Porvenir SA y Skandia SA, el 11 y 12 marzo de 2020 (fls. 34 a 51), cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 412.86 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: HL MERCY HERNANDEZ GALINDO»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia CC C-789-2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, es ineficaz ese tránsito conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber preexistente de información completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Cuadro normativo que contraria lo manifestado por el apoderado de la demandada.

En las más recientes providencias, la CSJ también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en las SL1949-2021 y SL1942-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya varias veces citada, es claro que para la fecha del traslado de la llamante a juicio las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, implica la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019 y genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (CSJ

SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2208-2021 y CSJ SL2209-2021).

Frente a la inversión de la carga de la prueba, en este tipo de procesos tiene asidero en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como del artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», pedirle al afiliado una prueba de este alcance sería una equivocación, 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, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba; (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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL1718-2021).

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, la que brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Con lo cual, contrario a lo concluido por el fallo fustigado, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS ante la AFP Porvenir SA.

De tal suerte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir SA, realizado el 18 de mayo de 1994, éste

no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, tan solo muestra el consentimiento de la señora Hernández Galindo, pero no, que se hubiera acreditado lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que implica la ineficacia de la afiliación, sin que de las leyendas preimpresas insertadas en la documental referida, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo, puedan predicarse el cumplimiento del deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL1499-2020).

Por otra parte, en estos asuntos, no puede exigirse una proximidad a pensión, pues esas condiciones no han sido previstas por el legislador y tampoco por la jurisprudencia de la CSJ, *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021).

Igualmente, precisa la Sala que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, el que se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3463-2019 y CSJ SL1217-2021).

De otro lado, se itera, que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones (CSJ SL1501-2022).

Contrario *sensu*, a lo estimado en la sentencia de primera instancia, no se lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho

pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por lo demás, se precisa que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP´s, o que hubiera permanecido por largo tiempo en el RAIS, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

> […] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerase que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

Aunado a ello, debe acotar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela CSJ STP15228–2021, dejó sin efectos el fallo CSJ SL2440-2021 proferido por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral el 15 de junio del mismo año, que había introducido la denominada tesis de los «*actos de relacionamiento*», refiriendo que:

> Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para revocar la decisión proferida el 25 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

En tal medida, habrá de elevarse condena en contra de las accionadas Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías SA y la administradora de pensiones Porvenir SA, a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a

que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).

De otro lado, ante un nuevo estudio y la nueva conformación de la Sala de decisión, se hace necesario precisar que las consecuencias de la falta de información derivan en la ineficacia del traslado además de lo expuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se condenará a Porvenir SA y Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías SA a devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por lo tanto, brota menester remembrar que en la sentencia CSJ SL2877-2020 reiterada en la CSJ SL1499-2022, se deja sentado la postura del alto Tribunal respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las administradoras de pensiones. Al respecto dijo lo siguiente:

> 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.
>
> En el *sub lite,* la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos

> privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.
> […]
>
> En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*-.
>
> Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.
>
> Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»,* debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Respecto de la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos han perdido su poder adquisitivo, razón por la que es procedente su indexación, para así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia causada por el transcurso del tiempo, cuya imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación por la devaluación de la moneda (CSJ SL859-2021 y CSJ SL359-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse

en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4062-2021).

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Costas en ambas instancias a cargo de las accionadas; en esta instancia, en la suma de un SMLMV.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por Mercy Hernández Galindo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA el 18 de mayo de 1994, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, Mercy Hernández Galindo, nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías SA, a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Mercy Hernández Galindo, por concepto de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima,

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a que retorne a Colpensiones el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de Mercy Hernández Galindo al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial y que reciba los recursos trasladados por parte de la Administradora de Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías SA y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva.

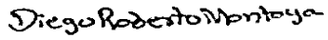
SEXTO: Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas. En esta instancia, en la suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.