



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** NICOLASA OSORIO DE MAURY  
**Demandada:** COLPENSIONES  
**Radicado No.:** 13-2021-00329-01  
**Tema:** COSA JUZGADA – RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Nicolasa Osorio De Maury instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que el IBL sobre los salarios cotizados por su esposo Luis Ricardo Nury Hernández, en los últimos diez años corresponde al valor de \$1.176.336 y, consecuencia, solicita se disponga a su favor la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida en cuantía del 67% del IBL, con un monto inicial de \$788.145, a partir del 13 de mayo de 1998, la cual será reajustada anualmente con base en el IPC.

En subsidio de lo anterior pidió que se reliquide la pensión conforme al parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en cuantía del 80% de la pensión de vejez que le hubiere correspondido, pensión de sobrevivientes que equivale a un monto inicial de \$734.034, a partir del 13 de mayo de 1998, la cual deberá ser ajustada anualmente con base al IPC. De no proceder la pretensión subsidiaria se condene a la enjuiciada al pago de la indemnización sustitutiva de pensión debidamente indexada, sobre las 752 semanas cotizadas que excedan las primeras 300 semanas que fueron necesarias para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. En todo caso reclamó las diferencias pensionales retroactivas causadas, intereses moratorios y en subsidio la indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que Luis Ricardo Maury Hernández falleció el 13 de mayo de 1998, cotizando un total de 1.052 semanas y que con ocasión a su deceso solicitó pensión de sobrevivientes, la cual, si bien fue negada por ISS mediante Resolución núm. 00251 del 30 de octubre de 1998, fue reconocida por virtud de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2010 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, ordenando cancelar la misma en cuantía de un salario mínimo

legal mensual vigente, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, toda vez que el causante cotizó 300 semanas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Indicó que durante los últimos 10 años realizó cotizaciones al ISS con un IBC superior a siete salarios mínimos mensuales vigentes, por lo que el IBL corresponde a \$1.176.336, debiendo por tanto ser su mesada inicial la suma de \$788.145. (Expediente electrónico, PDF 07ReformaDeDemanda)

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que mediante sentencia de fecha 24 de septiembre de 2010, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla concedió el beneficio pensional a la actora en cuantía de \$408.000, que corresponde a un salario mínimo legal mensual para la fecha, quedando la sentencia en firme y debidamente ejecutoriada, por lo que la determinación que en tal sentido se emitió no puede ser desconocida o modificada, pues esta hace tránsito a cosa juzgada.

Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1° al 3°, 5°, 9°, 11° y 16° y respecto a los demás señaló no ser ciertos o no constarle. Formuló la excepción previa de falta de jurisdicción o competencia y de mérito las que denominó inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe, prescripción y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 06ContestaciónDeDemanda y PDF 15ContestaciónDeReforma)

**3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 05NotificaAuto); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 31 de agosto del 2022, en la que la falladora declaró probada la excepción de cosa juzgada e inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolvió a la convocada a juicio de las pretensiones de la demanda.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si a la actora le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla o si se debe declarar probada la excepción de cosa juzgada, caso en el cual debía dirimir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que se solicitó en forma subsidiaria. En tal virtud, sostuvo que se encontraba probado el reconocimiento de la prestación por parte de la citada autoridad judicial, dado al fallecimiento de su esposo.

Luego de ello, citó el contenido del artículo 303 del C.G.P. y determinó el alcance del mismo, para precisar que existe identidad de objeto entre los dos procesos, ya que, si bien se solicita en el presente asunto la reliquidación de la mesada pensional, lo cierto es que el Juzgado Sexto Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla fijó como cuantía de la prestación un salario mínimo legal mensual vigente, dejando en evidencia que el monto pensional ya fue desatado. Dijo que la determinación se encuentra debidamente ejecutoriada, en tanto que no hubo reparo alguno, circunstancias que la llevaban a declarar de manera oficiosa la excepción de cosa juzgada.

Frente a la indemnización sustitutiva de pensión solicitada, indicó que la misma no procede en términos del artículo 49 de la Ley 100 de 1993, al haber sido reconocido judicialmente la pensión de sobrevivientes a favor de la actora, debiéndose por tanto absolver de esta pretensión a la pasiva. (Expediente electrónico, audio Audiencia Virtual 2021-00329 Parte 2).

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la parte **actora** formuló recurso de apelación argumentando que el proceso no se basa sobre la misma causa y objeto al anterior, toda vez que este último versó sobre la aplicación de la condición más beneficiosa por haber cotizado el fallecido un mínimo de 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, mientras que en el presente se solicita la reliquidación pensional. A lo anterior sumó que en ambos litigios las situaciones fácticas expuestas son distintas, luego no se cumplen los presupuestos legales previstos en el artículo 303 del C.G.P.

Refirió que en proceso anterior no fue discutido el IBL, en tanto que no fue propuesto en la demanda, siendo así que tampoco fue analizado los salarios devengados por el fallecido, de ahí que las pretensiones señaladas en esta causa tendiente a discutir el monto pensional no se encuentran afectadas del fenómeno de la cosa juzgada. Sostuvo que, aunque el Juez en diligencia anterior estableció que el reconocimiento pensional sería en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, también lo es que para llegar a tal determinación no se realizó cálculo alguno, pues no hizo análisis del IBL, ni de la tasa de reemplazo.

Refirió que Colpensiones cuando negó la pensión de sobrevivientes y concedió en su lugar indemnización sustitutiva pensional, advirtió un IBL de \$1.176.336, por lo que conocía cuál debía ser el monto pensional, pues debía aplicarse al mismo una tasa de reemplazo del 67%, con lo cual arrojaría una mesada inicial de \$788.145 a partir del fallecimiento de su esposo. En adición a lo anterior sostuvo que también en el presente asunto podría aplicarse el parágrafo 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, lo cual arrojaría un monto inicial de \$734.034, a partir del 13 de mayo de 1998.

De otro lado, adujo que en caso de que se mantenga la decisión que tomó el A quo se ordene la indemnización sustitutiva de la pensión sobre las 752 semanas cotizadas que exceden las primeras 300 semanas que fueron necesarias para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, pues Colpensiones se está enriqueciendo con justa causa y en provecho del error ajeno. (Expediente electrónico, audio Audiencia Virtual 2021-00329 Parte 2).

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que se equivocó la A quo al declarar probada la cosa juzgada bajo el argumento de que, existe triple identidad entre la demanda anterior y la nueva demanda, lo cual no es cierto, ya que, el nuevo proceso versa sobre un objeto distinto y se funda en causas diferentes.

**6.2. Colpensiones.** En su escrito de alegaciones solicitó que se confirme la sentencia de primer grado, dado que se configura la excepción de cosa juzgada.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Sobre las pretensiones debatidas en el presente juicio ya existe un pronunciamiento judicial debidamente ejecutoriado y, por ende, operó el fenómeno de la cosa juzgada? De no hallarse probada; (ii) ¿Hay lugar a reliquidar la pensión de sobrevivientes reconocida judicialmente o la indemnización sustitutiva de pensión solicitada?

**3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada.** Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que la demandante nació el 29 de octubre de 1935, a quien Colpensiones mediante Resolución No. 14711 del 17 de noviembre de 2011 reconoció pensión de sobrevivientes en cumplimiento de la sentencia emitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla el 24 de septiembre de 2010, misma en la que se determinó como fecha de causación el 12 de junio de 2006, en cuantía de un salario mínimo legal vigente.

**4. Cosa juzgada.** La recurrente aduce que, contrario a lo colegido por la cognoscente de primer grado, no se configuró la excepción de cosa juzgada derivada del proceso que ya conoció y falló el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, señalando para tal efecto que en proceso anterior no se debatió el IBL y la tasa de reemplazo de la prestación económica que declaró procedente, por lo que no concurre la identidad de causa ni objeto que se requiere para ser declarada.

Frente a ello, es menester recordar que la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes (*eadem personae*), entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto (*eadem res*), que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa (*eadem causa petendi*), que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

Conforme a lo expuesto y de cara a la sentencia de primera y segunda instancia dictada en el proceso inicialmente surtido entre los mismos contendientes que resolvió la situación del ahora accionante, fuerza concluir que en torno a la procedencia de la prestación como la cuantía de la misma, existe determinación que impide pronunciamiento en tal sentido, de allí que no sea procedente revivir una discusión que se agotó plenamente en un proceso anterior que hizo tránsito a cosa juzgada, como mal pretende la actora.

En efecto, se allegó copia de la sentencia en la que se verifica que efectivamente en proceso anterior la demandante solicitó que se declare que Luis Ricardo Maury Hernández cotizó al ISS desde el 1 de enero de 1969 al 31 de marzo de 1994, un total de 1.052 semanas, habiendo superado ampliamente el número de semanas exigidos por los Acuerdos 224 de 1966, 016 de 1983 y 049 de 1990, por lo que pidió en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, una pensión de sobrevivientes equivalentes al régimen del ISS vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la citada ley, debiéndose por tanto ser reconocida conforme a las reglas del Decreto 758 de 1990. En consecuencia, peticona que sea condenada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de mayo de 1998, junto con los intereses moratorios.

De esa actuación emana la sentencia adiada 24 de septiembre de 2010, que fue proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante la cual declaró y condenó a la encartada a reconocerle y pagarle a la señora Nicolasa Amparo Osorio de Maury, pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Luis Ricardo Maury Hernández, en tanto que cumplió con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por el principio de la condición más beneficiosa, a partir del 13 de mayo de 1998, pero con efectos desde el 12 de junio de 2006, en cuantía de un salario mínimo legal de la época.

Como se observa, se configura el medio exceptivo que nos ocupa, sin que le sea permitido a esta Corporación revocar ni reformar la decisión que ya se adoptó en proceso anterior, pues si bien en la sentencia no se explicó con detalle la conclusión según la cual el monto de la mesada pensional lo sería en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, tal omisión no lleva indefectiblemente a la Sala a remover la inmutabilidad de la decisión judicial que ya se tomó en ese sentido, en tanto que pudo la actora ante dicha situación solicitar al Juzgado aclaración o adición de la sentencia en los términos del artículo 309 y s.s. del C.P.C. o controvertir en sede apelación ante el superior, circunstancias que no se dieron.

De tal suerte que, si el actor no se encontraba de acuerdo con la decisión tomada por el juez de primera instancia, el mecanismo idóneo que debió utilizar, era el recurso de apelación, del cual no hizo uso y, por tanto, con tal omisión permitió que cobrará ejecutoria la sentencia en los términos en que fue proferida. Por manera que los argumentos que esgrime en su apelación para oponerse a esa declaratoria de cosa juzgada del derecho pensional acorde con que la mesada inicial no correspondía a un salario mínimo legal mensual vigente debieron esgrimirse por vía de ese recurso contra la sentencia que dispuso ello, en ese entendido hoy resultan extemporáneos.

Y aunque la actora intenta revivir la discusión en torno a que le correspondía un IBL de \$1.176.336, al que se le debía aplicar una tasa de reemplazo del 67%, por virtud de las semanas que cotizó el señor Luis Ricardo Maury Hernández que corresponden a un total de 1.052, correspondiéndole una mesada pensional inicial de \$788.145 a partir del 13 de mayo de 1998 o la suma de \$734.034 en aplicación del parágrafo 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tales circunstancias no constituyen un hecho procesal nuevo como mecanismo excepcional para restarle operatividad al fenómeno de la cosa juzgada, pues así lo tiene dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL, 17 abr 2013, rad.38851, al indicar:

*"Además, la aspiración de obtener un reajuste de la pensión concedida judicialmente en el proceso anterior está afectada de cosa juzgada, por cuanto al haberse producido ya una decisión judicial en cuanto a su monto, la misma no sería susceptible de ser planteada de nuevo por la vía ordinaria, mucho menos si se tiene en cuenta que el demandante no recurrió en casación y dejó que tal asunto cobrara firmeza."*

Y en similar contexto en sentencia SL2263 de 2018, al aducir:

*"En tal sentido, considera la Sala que no es procedente, ni aceptable, revivir una discusión que se agotó plenamente en un proceso anterior que hizo tránsito a cosa juzgada, con el pretexto de realizar nuevamente los cálculos para efectuar la indicada corrección monetaria."*

*"De obrar la Sala como lo reclama el impugnante, esto es, quebrar la sentencia del Tribunal que se atuvo a la suma que en proceso anterior se determinó como la correspondiente a la pensión restringida de jubilación, allí reconocida, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada."*

Lo anterior, sirve, además, para enervar el argumentó según el cual en este asunto debe reconocerse la indemnización sustitutiva de la pensión sobre las cotizaciones que no se tuvieron en cuenta para el reconocimiento pensional, cuando quiera que al haber quedado determinado en la sentencia expedida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla que procedía la prestación económica que se reclamó, el pedimento relacionado de forma subsidiaria también quedó cobijado por los elementos constitutivos de cosa juzgada, ya que esta procede siempre que no se tenga derecho a la pensión de sobrevivencia, en términos del artículo 49 de la Ley 100 de 1993. A lo anterior se suma

porque de cara a la providencia, en ella se ordenó la compensación de los valores que la actora recibió por virtud de la indemnización de sobrevivencia que el ISS le reconoció y pagó.

En conclusión, es claro que la falladora de primer grado en este asunto no cometió los desaciertos que le enrostra la censura y aunque se señala que en la providencia del primer proceso no se tuvo en cuenta ni se mencionó el IBL y tasa de reemplazo que le correspondía por virtud de la pensión reconocida, y de otra parte que le asiste derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión por las cotizaciones que no se tuvieron en cuenta en el reconocimiento pensional, lo cierto es que ello no puede ser un argumento basilar, para a continuación aceptar que en este asunto no operó el instituto de la cosa juzgada, pues como se vio, el asunto medular de la sentencia lo constituyó la procedencia de la pensión de sobrevivencia, misma que fue reconocida en los términos y condiciones que encontró el fallador, de manera que con independencia de que se hayan tenido o no en cuenta la citada determinación todas y cada una de cotizaciones que efectuó el fallecido, se haya omitido realizar consideración sobre el monto pensional que se señaló debía percibir o en este asunto se pida la reliquidación pensional, impide cualquier pronunciamiento por esta Sala al respecto, "*precisamente por los atributos de inmutabilidad e intangibilidad que, en el marco de la seguridad jurídica, tienen las sentencias judiciales, en razón a los efectos de la cosa juzgada.*" (SL3318-2022).

En punto a que las pretensiones y hechos de ambas no son iguales, lo que hace que no haya identidad de causa y objeto como presupuesto para la procedencia del fenómeno de la cosa juzgada, hay que decir que, si bien no son idénticos de manera taxativa, se tiene que, el trasfondo de estos se dirige a una misma situación, esto es, al análisis del derecho a adquirir una pensión de sobrevivientes, que conlleva a definir la normatividad aplicable para determinar el monto de la misma, aspectos que como se indicó fueron objeto de estudio por el cognoscente de primer grado y que lo llevó a concluir que la mesada pensional corresponde a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para la época.

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, en lo que hace a que declaró probada de manera oficiosa la excepción de cosa juzgada.

**5. Costas.** Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

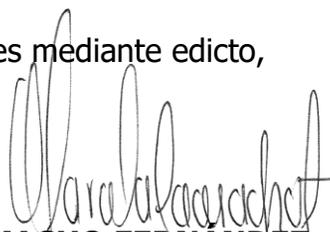
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

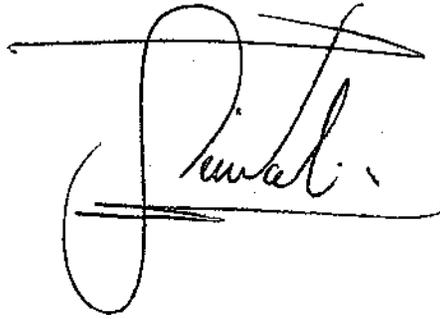
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de agosto del 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** AMPARO NIÑO LADINO  
**Demandadas:** COLPENSIONES Y OTRAS  
**Radicación:** 37-2019-00460-01  
**Tema:** RECURSO DE APELACIÓN - MULTIAFILIACIÓN- INEFICACIA DEL TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Amparo Niño Ladino instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, con el propósito de que se declare que el traslado del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad son nulos, por haberse viciado su consentimiento y en subsidio la ineficacia y/o invalidez de los actos jurídicos que generaron el traslado entre regímenes, dado que no la documentaron clara y suficientemente de los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional. En consecuencia, pidió que se condene a los fondos de pensiones a trasladar a Colpensiones sus aportes junto con los rendimientos, así mismo, a esta última tenerla como válidamente afiliada en el RPM; los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 26 de enero de 1971 y se afilió al ISS en febrero de 1990, vínculo que mantuvo hasta el 12 de marzo de 1997, toda vez que se trasladó al RAIS mediante la firma de un formulario de afiliación con Colfondos S.A. Refirió que tal acto no es válido en tanto que entre una y otra fecha no transcurrieron los tres años necesarios para poder efectuar el traslado, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Informó que el 19 de febrero de 1998, firmó nuevamente formulario de afiliación al ISS, aportando allí desde el 1° de abril de 1999 hasta el 31 de octubre de 2000 y del 1° de septiembre de 2002 al 30 de abril de 2006, además, realizó cotizaciones a Colfondos S.A. entre el 1° de noviembre del 2000 al 30 de agosto del 2002, y del 1° de septiembre de 2007 al 30 de julio de 2009.

Sostuvo que, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 3995 de 2008, está en situación de multivinculación, por lo que debió ser asignada al RPM, ya que tenía más semanas cotizadas en el ISS que en Colfondos S.A. Señaló que el 30 de junio de 2009, suscribió formulario de afiliación a pensiones y cesantías ING hoy Protección, sin que le haya sido informado sobre las características, beneficios o prestaciones económicas que podía obtener en el RAIS, toda vez que su empleador Ovalle Cosmetics Ltda, entregó el formulario para su simple firma. Narró que Colfondos S.A., tampoco la ilustró acerca de las consecuencias del traslado de régimen pensional, ni desplegó actividad alguna de

asesoramiento e información que le permitiera valorar los efectos de abandonar el RPM.  
(fols. 1 a 15).

## **2. Contestación de la demanda**

**2.1. Colpensiones.** Al momento de descorrer el término de traslado, la demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial argumentando que la actora no allegó prueba alguna que permita establecer la configuración de causales de nulidad, por lo tanto, la afiliación de aquélla con el RAIS goza de plena validez. Esgrimió que la demandante en uso de sus facultades de libre escogencia de régimen pensional, decidió trasladarse de régimen pensional y en esa medida no debe considerarse como válidamente afiliada al RPM.

En lo que hace a los supuestos fácticos, aceptó los enlistados en los numerales 1°, 2°, 5°, 6°, 8°, 10°, 25° y 26°, relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, que estuvo afiliada al ISS desde el 20 de febrero de 1990 y su última cotización data del 31 de marzo de 1997; que firmó formulario de afiliación al ISS el 19 de febrero de 1998 y presentó unos periodos de afiliación, pero realizando cotizaciones al RAIS; que ante la multivinculación fue asignada a Colfondos S.A. y que presentó reclamación administrativa solicitando vinculación a Colpensiones. Frente a los demás señaló no constarle o no ser ciertos y formuló las excepciones de mérito que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (fols. 186 a 192).

**2.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías.** Contestó la demanda allanándose a las pretensiones de esta y solicitó no imponer costas judiciales y/o agencias en derecho en su contra. (fols. 131).

**2.3. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** En respuesta al libelo introductor se opuso a las pretensiones aduciendo que el traslado de la demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Dijo que del formulario de vinculación que suscribió se podría verificar que se realizó en forma libre y espontánea, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza de las partes. Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 8°, 9°, 11° y 13°, relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, quien se vinculó a ING hoy Protección mediante formulario firmado el 30 de junio de 2009, y que realizó una proyección pensional a la misma. Atinente a los demás señaló no ser ciertos o no constarle.

En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica. (fols. 138 a 149).

**3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma en ambos procesos (fol. 106), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos.

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 2 de enero de 2021, en la que el fallador declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado que efectuó la demandante al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 12 de marzo de 1997 y en tal virtud, estableció que la afiliación válida de la actora corresponde al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los bonos pensionales y rendimientos financieros. Ordenó a Colpensiones admitir el traslado y aceptar los valores que remita el fondo privado, así mismo, gravó en costas.

Para arribar a tal decisiva señaló que acogía la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019. Conforme a ello, indicó que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo que se concluye de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomar esa decisión, la cual debe contener por lo menos una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Señaló que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse una voluntad, pero ello no podía darle el efecto de que este fue debidamente informado, pues del cumplimiento de este deber, deriva la eficacia o no del traslado. Agregó que ese documento no resulta suficiente para dar por cumplido el deber de información requerido, por lo que las AFP deben acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento, por cuanto aquellas tienen la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Aludió a que la línea jurisprudencial de ineficacia aplica para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial o porque tenga alguna expectativa pensional.

Frente al allanamiento a las pretensiones que realizó Colfondos S.A., indicó que este era ineficaz porque producía efectos hacia terceros, y por ello no sería tenido en cuenta. Tras lo anterior explicó que el acto del traslado se dio el 12 de marzo de 1997, cuando la actora contaba con 251 semanas aportadas al RPM, por lo que no tenía un derecho adquirido ni una expectativa legítima. Agregó que conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que fue reglamentado por el Decreto 692 de 1994, este último en su artículo 11 estableció los parámetros desde el plano formal para la respectiva vinculación, requisitos que fueron cumplidos tanto por Colfondos como por ING hoy Protección al suscribir los formularios de afiliación; no obstante, de ellos no se podía colegir que la afiliada había sido debidamente informada para tomar la decisión del traslado de régimen conforme lo señalaba la jurisprudencia de la materia.

Observó de la declaración de parte de la actora una circunstancia particular, esto es, que sus respuestas no habían sido espontáneas, además, que resultaba contradictorio que recordará hechos ocurridos en 1997, cuando se trasladó a Colfondos y no lo sucedido en 2009, cuando se vinculó a ING hoy Protección. Dijo que aquella no desconoce que se le brindó información, de manera que de su dicho se podía advertir que le fueron expuestas las características generales del RAIS, así mismo, le resultó llamativo que aquella se hubiese trasladado un año después al ISS y con posterioridad, en el año 2009, nuevamente al RAIS, signo indicativo de había estado en ambos regímenes y que en

determinados momentos había disfrutado de uno y de otro, lo que constituía actos positivos que le permitían inferir que se le había dado una asesoría con independencia de que no lo recordara y en ese orden de ideas dio por acreditado el deber de información al momento del traslado del RPM al RAIS.

De otro lado, resolvió el caso de la múltiple vinculación, argumentando que la actora se trasladó al RAIS en el año 1997; que conforme a la historia laboral expedida por AFP Protección S.A. (fols. 169 a 174), resultaba llamativo que se registraron cotizaciones al RPM por el periodo comprendido entre abril de 1999 y octubre del 2000, y luego de septiembre de 2002 al 30 de abril de 2006; que también registró cotizaciones a Colfondos entre noviembre de 2000 hasta agosto de 2002, y de septiembre de 2007 al 30 de junio de 2009, lo que permitía colegir que si hubo multivinculación la cual estaba proscrita conforme el Decreto 3995 de 2008 y Decreto 692 de 1994.

Esbozó que conforme el Decreto 3995 de 2008, para resolver ese problema, debía verificar que el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007; que se entendería vinculado a la administradora que hubiese recibido el mayor número de cotizaciones. Explicó que era esta la regla bajo la cual debió definirse la multivinculación; que una vez realizados los cálculos encontró que la actora al RPM había cotizado 537,84 semanas, mientras que en el RAIS solo había aportado 169 semanas, lo que le permitía concluir que debió tenerse como válida la afiliación al RPM; en consecuencia, declaró la ineficacia de la vinculación a Colfondos S.A. lo que afectaba también a ING hoy Protección. (Cd. a fol. 204)

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando frente al estado de multivinculación que la Corte Suprema de Justicia tiene adocinado que la falta de datos en el formulario de afiliación invalida lo allí expuesto, de manera que el suscrito el 19 de febrero de 1998, no se encuentra diligenciado en su totalidad, siendo ineficaz, quedando únicamente como válida la afiliación con Colfondos S.A. el 12 de marzo de 1997. Agregó que en virtud del Decreto 3995 de 2008, la actora entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007, realizó cero cotizaciones a Colpensiones conforme la historia laboral, por lo que debía absolverse de las condenas impuestas en su contra. Expuso, que Colfondos al momento del traslado de régimen pensional cumplió con su deber de información, por lo tanto, el posterior traslado a AFP Protección S.A. también goza de plena validez. (Cd. a fol. 204)

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que no existió la debida y suficiente información por parte de los fondos privados para que tomara la decisión más adecuada y favorable al momento de su traslado del ISS al RAIS, tampoco se le informó en el momento de la amnistía que podía retornar al ISS ahora Colpensiones, ni le informó de manera escrita el derecho al retracto como lo indica el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994.

**6.2. Demandada.** En su escrito de alegaciones esgrimió que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, por lo que deviene improcedente el traslado de régimen, según la normativa citada. Indicó que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, además, refirió que para el momento de la afiliación le era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real, pues los

ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Se debe considerar como selección inicial al sistema general de pensiones la afiliación realizada al ISS, hoy Colpensiones, o por efectos de la multivinculación la selección inicial lo fue ante Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías? y (ii) ¿La afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz por omisión en el deber de información por parte de las AFP codemandadas?

**3. Supuestos fácticos no controvertidos por las partes.** Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: (i) que la demandante se afilió al ISS el 20 de febrero de 1990, realizando cotizaciones por cuenta de diversos empleadores desde aquella fecha hasta el 31 de marzo de 1997, aportando la suma de 247,57 semanas y que fue asignada al RAIS por Decreto 3995 de 2008; supuestos verificables de la historia laboral que reposa a folios 192 adverso y s.s.; (ii) que la demandante el 12 de marzo de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la suscripción del formulario de vinculación con Colfondos S.A., quien el 19 de febrero de 1998 se vinculó al ISS (fol. 49) y el 30 de junio de 2009 se trasladó a ING hoy AFP Protección S.A. (fols. 155 y 157), AFP en la que se encuentra actualmente.

**4. Multifiliación de régimen pensional.** Lo primero que hay que decir, es que a través de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: de un lado el régimen solidario de prima media con prestación definida y de otro, el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre y voluntaria. En efecto, el literal e) del artículo 13 de la citada ley, brindó la posibilidad de que el afiliado escogiera entre uno de esos dos regímenes y, así mismo, que tuviera una vocación de permanencia de al menos cinco años, término que fue modificado con la expedición del Decreto 692 de 1994, el cual en su artículo 15 redujo dicho periodo a tres años y, finalmente, retornó a cinco, según el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Sin embargo, previendo los eventuales casos en que los afiliados pudieran trasladarse antes del término habilitado para ello, el legislador introdujo el concepto de multivinculación, estableciendo que este sería prohibido y fijando que la única afiliación válida es la última que se hubiera hecho dentro del término establecido. Al respecto, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, fijó:

**“ARTÍCULO 17. MÚLTIPLES VINCULACIONES.** *Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.”*

En relación con lo dispuesto en dicha normatividad la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL8719-2014, en la que se reiteró la sentencia (CSJ SL, 4 jul. 2012, Rad. 46106), señaló:

*De otra parte, cumple precisar que la omisión de valoración probatoria que acaba de evidenciarse no tuvo ninguna incidencia en la decisión impugnada, pues no obstante que el juez plural no tuvo en cuenta los documentos reseñados, de los cuales podría inferirse que la causante se afilió al ISS en el mes de enero de 1999, es decir, con posterioridad a su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS, lo cierto es que de conformidad con el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, la señora Elvia Cecilia Suárez Muñoz no podía trasladarse válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes de 3 años de producirse su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, antes del 15 de abril de 2000.*

*En estas condiciones, la eventual afiliación de la causante al ISS en el mes de enero de 1999, carece de validez por mandato del artículo 17 del Decreto 692 de 1994, según el cual es válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales y las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida, tal como lo precisó esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 4 Jul. 2012, Rad. 46106, al señalar que:*

*1. La múltiple afiliación se presenta cuando no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto 692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tiene[n] fijados, resultando válido la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida.*

*2. Para el traslado de régimen, que es el punto que interesa al recurso extraordinario, una vez efectuada la selección inicial, los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen transcurridos tres (3) años conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994. Con la entrada en vigencia del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ese término se amplió a cinco (5) años.*

*De acuerdo con lo dicho, es evidente que carece de toda validez la eventual afiliación de la causante al ISS en el mes de enero de 1999, como lo señala la oposición.*

En similar sentido, encontramos la sentencia CSJ SL5533-2019, donde se sostuvo:

*"[...] de las circunstancias evidenciadas con las pruebas denunciadas, se concluye que Gabriela Amparo Palacios Roldan, después de la Ley 100 de 1993 efectuó la selección inicial de régimen pensional, el 17 de febrero de 1999 al elegir el de prima media administrado por el ISS; y como quiera que solicitó la vinculación al RAIS a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías el 1 de febrero de 2000, éste último traslado no resulta válido, dado que desconoció el término de permanencia de tres años contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*

*La anterior situación genera la existencia de una múltiple afiliación, en los términos del artículo 17 del Decreto 692 de 1994, que dispone:*

*"Múltiples Vinculaciones. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado solo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la*

*administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria."*

*Tal situación de múltiple vinculación debe ser resuelta conforme a la norma antes citada, dando validez a la última realizada en los términos de ley y no a las demás."*

Surge de la anterior que el fenómeno de la multifiliación se presenta cuando un afiliado luego de seleccionar uno de los dos regímenes pensionales diligencia el formulario de vinculación en el otro régimen sin esperar el tiempo mínimo de permanencia de 3 años previsto en la Ley 100 de 1993 y D. reglamentario 692 de 1994, en su artículo 15, ahora aumentado a 5 años por virtud de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

Se asume en este caso que el conflicto se originó ante la inobservancia de la demandante del término mínimo de permanencia exigido por las disposiciones citadas para el traslado de régimen, es decir, cuando no se había superado en este caso, el término de 3 años de permanencia exigidos por el Decreto 692 de 1994, vigente al momento en que aquella se trasladó de régimen y ello por cuanto habiéndose vinculado al I.S.S. el 20 de febrero de 1990 y realizado el cambio de régimen el 12 de marzo de 1997, el 19 de febrero de 1998 retornó al ISS nuevamente, generando este último una situación de múltiple vinculación. Así, conforme a la jurisprudencia transcrita en precedencia y las normas en cita, sólo resultaba válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales, esto es, la afiliación que se hizo inicialmente a Colfondos (RAIS).

Ahora, observa esta Sala que el juez de primera instancia para resolver el caso de la múltiple vinculación acudió a lo plasmado en el Decreto 3995 de 2008, el cual se publicó en el Diario Oficial 47.145 de 17 de octubre de 2008, y fue expedido con el fin de solucionar los casos de multifiliación que se generaron durante el período transcurrido entre la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994) y el 31 de diciembre de 2007, y por única vez, siendo aplicable exclusivamente a quienes a dicha calenda se encontraran en dicha situación y la misma no hubiese sido resuelta.

Así, para determinar si esta norma le era aplicable a la demandante, debía probarse que la afiliada se encontraba en situación de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007.

Para despejar tal incógnita, la Sala procede a revisar el haz probatorio obrante en el informativo, en el cual se evidencia que la demandante realizó un traslado válido desde el punto de vista formal, a la AFP Colfondos el 12 de marzo de 1997, y que posteriormente el 19 de febrero de 1998 se trasladó al ISS nuevamente, generando así la multivinculación; y con posterioridad se observa, que se realizaron aportes, así:

<b>RPM Colpensiones (fol. 192-195)</b>		<b>RAIS Colfondos (fol. 158-160)</b>	
		abril 1997	junio 1998
abril 1999	octubre 2000		
		noviembre 2000	julio 2002
agosto 2002 (8 días)	abril de 2006	agosto 2002 (11 días)	
		septiembre 2007	julio 2009
		<b>RAIS Protección (fol. 158-160)</b>	
		agosto 2009	En la actualidad

Lo anterior, demuestra con claridad, que el último aporte de la actora al RPM fue para el mes de abril de 2006; adicionalmente se observa que en la historia laboral expedida por de Colpensiones, para los aportes realizados a partir de abril de 1999, se registró la observación "No vinculado traslado RAI"; a más que en la casilla estado del afiliado se indicó "asignado al RAI por Decreto 3995/2008".

Bajo el anterior contexto, si bien no se tiene certeza de la fecha en que se soluciona el conflicto de la múltiple vinculación, por cuanto no se aportó prueba que lo acredite, lo que sí se puede colegir es que fue con posterioridad a la expedición del Decreto 3995 de 2008, y en aplicación de este; por lo tanto, esta Sala revisará las reglas dispuestas en dicha normatividad, para verificar si la solución dada por el juez de primer nivel, se acompasa con la disposición legal, puntualmente el artículo 2° del citado Decreto, según el cual:

*"ARTÍCULO 2°. AFILIACIÓN VÁLIDA EN SITUACIONES DE MÚLTIPLE VINCULACIÓN. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación."*

*Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas: (Negrillas fuera del texto original).*

*Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto. (Negrillas fuera del texto original).*

*Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.*

*Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen."*

Conforme a dicha disposición, lo primero que se debe definir es si la gestora del proceso entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, realizó cotizaciones al sistema de seguridad social, siendo la respuesta afirmativa, como quiera que en ese lapso cotizó con el empleador Ovall Cosmetics; lo segundo es determinar a qué administradora realizó el mayor número de cotizaciones dentro de ese periodo, pues resulta ser la interpretación más armónica cuando se lee la norma en su integridad, puesto que regula varias situaciones, pero todas en alude a ese mismo tiempo, como por ejemplo, cuando señala que "en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, el afiliado se entendería vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva", o cuando estipula que "si el afiliado no hubiese efectuado ningún aporte o hubiese realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, sería válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación".

Además, esta es la interpretación acogida por la Corte Constitucional al aplicar el artículo 2 del Decreto 3995 de 2008, tal como se observa en la sentencia CC T-191-2020, donde se expresó:

*116. Asimismo, la jurisprudencia constitucional y ordinaria han previsto casos, en los cuales puede darse una múltiple vinculación. Para resolver esta situación, se ha diseñado*

*un sistema de reglas, que comprende los decretos 692 de 1994 y 3995 de 2008, así como la Circular Única 058 de 1998 de la Superintendencia Financiera. Estas reglas son:*

Norma	Vigencia	Casos	Reglas
Art. 15 y 17 Decreto 692 de 1994	A partir del 29.03.1994	Múltiple vinculación	El traslado no podrá hacerse antes de que hayan transcurrido tres años contados a partir de la fecha de la selección anterior.  Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradoras antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales.
Art. 2 Decreto 3995 de 2008	16.10.2008	Múltiple vinculación al 31.12.2007	Cuando el afiliado haya efectuado cotizaciones efectivas entre el 01.07.2007 y el 31.12.2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido mayor número de cotizaciones.  Si no ha realizado cotizaciones en ese periodo, se entenderá afiliado a la administradora que haya recibido la última cotización.  Cuando no haya efectuado cotización o haya hecho el mismo número de cotizaciones, será válida la última vinculación dentro de los términos legales.
Art. 10 Decreto 3995 de 2008		Múltiple vinculación con posterioridad al 31.12.2007	Los casos de múltiple vinculación deben resolverse dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia del Decreto.  Si el afiliado no está de acuerdo con la decisión adoptada por las administradoras, éste tendrá hasta dos (2) meses, contados a partir de la comunicación de la decisión, para presentar pruebas de las razones que fundan las objeciones.  Las entidades tendrán dos (2) meses para resolver las objeciones.
Art. 4 Decreto 3995 de 2008		Múltiple vinculación especial	Se aplican las reglas contenidas en el art. 7 Decreto 692 de 1994.

En ese sentido, respecto del segundo presupuesto, esto es, determinar a qué administradora realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007, evidencia la Sala que lo fue a Colfondos donde cotizó 120 días, equivalentes a 17, 14 semanas, en tanto que al ISS **NO** realizó aporte alguno.

Conforme con todo lo anterior, debe tenerse como válida la afiliación que la señora Amparo Niño Ladino realizó a Colfondos S.A. el 12 de marzo de 1997, debiéndose por tanto revocar la decisión de primer grado ante el error que cometió el A quo al otorgarle un alcance no previsto al artículo 2 del Decreto 3995 de 2008, en una clara oposición de la intelección y alcance que le dio la Corte Constitucional a la citada premisa normativa.

### **5. Ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de asesoría.**

Preliminarmente debe decirse que como la Sala determinó que la afiliación realizada por la actora a Colfondos S.A. es válida, se considera viable entrar a verificar si el A quo no incurrió en error al dar por demostrado el cumplimiento del deber de información por el citado fondo de pensiones al momento en que se efectuó el traslado por aquella. Lo anterior, en manera alguna comporta un quebrantamiento al principio de consonancia del que ya hizo referencia esta Corporación, toda vez que si bien no fue motivo de reproche por la actora la determinación que en tal sentido tomó el A quo, ello lo fue en tanto que aquella no se encontraba legitimada o facultada para cuestionar estos asuntos, ante la ausencia del interés jurídico para apelar, como consecuencia de la ineficacia declarada por el juez de conocimiento, por virtud de la multifiliación que halló probada.

Y es que, si se revisa con detenimiento la sentencia de primer grado, esta no causó daño o agravio alguno a la actora, ante el hecho de que la decisión favoreció las pretensiones de la parte accionante, mismas que estaban dirigidas a dejar sin efectos la vinculación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, de allí que surge evidente, que no se encontraba habilitada para impugnar, ya que ningún agravio podía reclamar frente a lo que se resolvió en su favor. Además, tampoco puede decirse que la actora avaló la inferencia que llevó al cognoscente de primer grado a concluir que el fondo de pensiones cumplió con el deber de información, por cuanto mostró su conformidad con la

sentencia al no recurrir la misma, pues, la concesión de la ineficacia de la afiliación que en tal sentido hizo por el sentenciador primigenio, impedía por ausencia de interés jurídico recurrir la determinación.

Son estas las razones que llevan a la Sala a verificar si el deber de información fue cumplido por parte de Colfondos S.A. al momento en que la promotora del proceso realizó el traslado entre regímenes.

**5.1. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Para resolver este asunto, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**5.2. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la

evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a Colfondos S.A., esto es, 12 de marzo de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, como erróneamente lo efectuó el A quo, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis,

presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada que hace Colpensiones en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**5.3. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información.** En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. en el año 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes con anterioridad a su vinculación.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 12 de marzo de 1997, queda sin efectos los

consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

**5.4. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**5.5. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**5.6. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la AFP demandada en su contestación.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la AFP Protección S.A., cuando busca que no se imponga condena por dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Así las cosas, no resulta atendible los argumentos expuestos por el fondo de pensiones demandado en su contestación de demanda.

**5.7. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la

cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**5.8. Demás excepciones:** Por el resultado obtenido en las consideraciones atrás mencionadas, se declaran no probadas las demás excepciones.

**5.9. Conclusión.** Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 2 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación que realizó la señora **AMPARO NIÑO LADINO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexado, desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la actora decidió trasladarse a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Así mismo, se **ORDENARÁ** a esta última a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones de **AMPARO NIÑO LADINO**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada. Finalmente, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

**6. Costas en esta instancia.** En segunda instancia no se impondrá costas a cargo de Colpensiones, por haber prosperado de forma parcial el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, 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: REVOCAR** la sentencia proferida el 2 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **AMPARO NIÑO LADINO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 12 de marzo de 1997 a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales **AMPARO NIÑO LADINO**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: CONDENAR** a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexado, desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la actora decidió

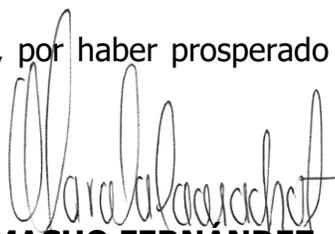
trasladarse a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de conformidad con lo motivado.

**CUARTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **AMPARO NIÑO LADINO**, como cotizaciones, rendimientos, comisiones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

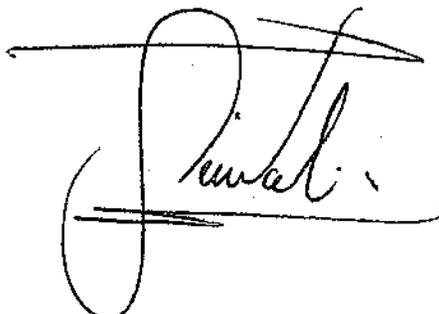
**QUINTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **AMPARO NIÑO LADINO**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

**SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**SÉPTIMO: SIN COSTAS** en esta instancia, por haber prosperado de forma parcial el recurso de apelación impetrado.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado  
(Salva voto)

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** BLANCA CECILIA GARZÓN JUEZ  
**Demandada:** EPS FAMISANAR S.A.S.  
**Radicado No.:** 07-2020-00377-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Blanca Cecilia Garzón Juez instauró demanda ordinaria EPS Famisanar S.A.S., con el propósito de que se condene a la demandada a pagar a título de indemnización los salarios dejados de cancelar desde el momento en que se produjo el despido y hasta que se profiera sentencia, debidamente indexados; los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró con la pasiva un contrato de trabajo a término indefinido, cuyo extremo inicial correspondió al 5 de mayo de 2015 y el final 22 de septiembre de 2020, periodo durante el cual se desempeñó en el cargo de ejecutivo comercial, devengando por tal labor un salario promedio de \$2.200.000 a la terminación de la relación laboral. Refirió que el 18 de agosto de 2020, su empleador inició proceso disciplinario, por incumplimiento en algunos de los productos PBS y PAC, para los meses de mayo, junio y julio de 2020, diligencia que se llevó a cabo el 26 de agosto del mismo año, oportunidad en la que dio respuesta a los cargos que se le imputaron. Informó que su empleador el 7 de septiembre de 2020 comunicó la decisión de dar por terminado el vínculo laboral, determinación que fue confirmada por el superior el 22 de septiembre del mismo año. Sostuvo que durante la pandemia de Covid-19, realizó su mayor esfuerzo para dar cumplimiento al número de afiliaciones exigidas por la demandada. (Expediente electrónico, PDF 02Demanda).

**2. Contestación de la demanda.** Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, esgrimiendo que la actora debía cumplir con las metas de los productos PBS y PAC; sin embargo, durante los meses de mayo, junio y julio de 2020, no solo incumplió con las metas asignadas, sino que también tuvo un deficiente rendimiento en relación con su capacidad de trabajo y con el rendimiento promedio de los trabajadores de su grupo comercial, lo cual constituyó una justa causa de terminación del contrato de trabajo.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2º, 4 al 9º, relacionados con el cargo desempeñado por la demandante, el proceso disciplinario y la finalización de la relación laboral con justa causa. En los demás indicó no constarle o no ser ciertos y en su defensa formuló las excepciones que denominó justa causa comprobada en la terminación del contrato de trabajo, cobro de lo no debido por

inexistencia de obligación, pago, buena fe, prescripción y compensación. (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónFamisanar).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2022, en la que el fallador declaró que la terminación del contrato suscrito entre las partes se dio sin justa causa y, en consecuencia, condenó a la demandada a pagar a favor de la demandante la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que en el asunto no se hallaba en discusión la existencia del contrato, tampoco su carácter ni sus extremos y la labor que ejecutó, ello en atención a que la accionada así lo aceptó. En tal virtud, tuvo como problema a dilucidar, entre otras cosas, si este fue finalizado sin que mediara justa causa por parte de la pasiva. Con tal propósito citó cada uno de los medios de convicción allegados al plenario, para precisar que se alegó una justa causa para llevar a cabo la finalización de la relación laboral, la cual, si bien se encuentra efectivamente acreditada, lo cierto es que dada la situación por lo que atravesaba el país, a la actora no se le dio la oportunidad de mejorar su rendimiento laboral, lo que llevaba a que el finiquito de la relación laboral lo fuese carente de justeza, máxime cuando el empleador tampoco llevó a cabo el procedimiento dispuesto en el Decreto 1373 de 1966, para ese mismo efecto, lo que ratificaba su inferencia.

Sostuvo que, aunque el incumplimiento de ventas es causa justa para dar por finalizado el contrato de trabajo, el hecho de no seguir el procedimiento señalado en el citado Decreto impedía justificar el desahucio laboral con motivo del bajo rendimiento que presentó la actora y si bien la demandante conocía de las políticas de comisiones de ventas que se fijaron en febrero del 2020; no obstante, pese a que fue requerida por su incumplimiento en pandemia, aquella dejaba constancia fehaciente acerca de las dificultades que tenía en el desempeño de su labor, situación que se inobservó la EPS, de allí que no podía consentir la justeza del despido, en la medida que debió analizar la prestación del servicio de cara a la pandemia de Covid-19, misma que impidió que las labores se ejecutaran eficientemente, máxime cuando la labor requería visita de los clientes y por obvias razones quedó mermada por la falta de acceso.

Adujo que el incumplimiento a las metas asignadas en todo caso no fue ostensible al promedio de los demás trabajadores, por el contrario, evidenciaba que la actora se esforzó para cumplir con la labor encomendada, la cual, por situaciones externas imposibles de prever para ella, fue limitada, de ahí que esté plenamente justificada la disminución de sus metas laborales. Así las cosas, concluyó que la actora fue despedida sin justa causa, por tanto, habría lugar a la indemnización tarifada en el artículo 64 del C.S.T. (Expediente electrónico, audio 16AudienciaFallo)

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la decisión la **demandada** formuló recurso de apelación esgrimiendo que quedó plenamente demostrado que existieron dos causales de despido, las cuales tienen el suficiente mérito y fuerza para justificar la terminación del contrato de trabajo. Señaló que los ejecutivos comerciales conocen mes a mes si cumplen o no con las metas establecidas por parte de la compañía, de manera que la extrabajadora sabía que incurrió en una falta calificada como grave dado que para mayo, junio y julio 2020, incumplió en tres ocasiones dentro de los últimos seis meses el objetivo de ventas en PBS y PACK, conforme lo establece el numeral 2.6 de la política comercial.

Sostuvo que se encuentra probado las causas invocadas en la carta de terminación, por tanto, el despido se ajustó a la legislación laboral, pues en esta se indicó el porcentaje de cumplimiento en comparación al promedio del resto del grupo comercial, quienes, a pesar

de la pandemia de Covid-19, si cumplieron con la meta. Explicó que la obligación de cumplirlas se encuentra señalado en el contrato de trabajo, por lo que, en caso de incumplimiento, en el mismo cuerpo del documento se calificó como causal de despido; de manera que, si la actora tuvo un bajo rendimiento e incumplió con las mismas, el desahucio laboral se dio con justa causa, sin que pueda hacerse juicio de proporcionalidad, pues el despido no comporta una sanción.

Indicó que, de admitirse un juicio de proporcionalidad y razonabilidad, dadas las circunstancias externas que se mencionó en la sentencia de primer grado, el despido si fue proporcional y razonable, ya que el mismo no se aplicó automáticamente, sino que previamente evaluó el rendimiento de la trabajadora en comparación con los demás trabajadores que tenían funciones análogas, en un lapso de seis meses, periodo dentro del cual se requirió para que mejorara su rendimiento laboral, proporcionando herramientas de trabajo para que ejecutara sus funciones, brindando oportunidad para que alcanzara las metas asignadas.

Precisó que el juez valoró indebidamente el testimonio de la señora Lorena Castro, pues aquella no pertenecía al grupo comercial de la actora, por tanto, no tenía conocimiento directo de los hechos, entonces, la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo lo fue con justa causa, pues la promotora del proceso debía cumplir con las metas asignadas a los productos PBS y PAC. Insistió que la conducta descrita se encuentra catalogada como justa causa para dar por finalizado la relación laboral, por lo que, de cara con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, catalogada la conducta como grave por las partes, el juez debe únicamente limitarse a verificar las circunstancias de los hechos ocurridos, los cuales se encuentran plenamente acreditados en este asunto. (Expediente electrónico, audio 16AudiencaFallo)

## **5. Alegatos de conclusión**

**5.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que el cognoscente de primer grado realiza un análisis completo no solo de los documentos aportados, sino, además, de las declaraciones rendidas por los testigos, interrogatorios de parte y de la situación concreta que generó la emergencia sanitaria derivada del COVID 19 y que afectó el cumplimiento de las metas por la trabajadora.

**5.2. Demandada.** En su escrito de alegaciones adujo que existió una justa causa de terminación del contrato de trabajo en virtud del deficiente rendimiento de la actora, conforme al numeral 9, literal a) del artículo 62 del CST, la cual, para su acreditación cumplió con el trámite del Decreto 1373 de 1966. Indicó que existió otra justa causa de finalización de la relación laboral en virtud del incumplimiento grave de las funciones de la demandante, conforme al numeral 6, literal a) del artículo 62 del CST.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por la recurrente.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende?

**3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos.** Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y modalidad, ni la labor de ejecutivo comercial que desempeñaba al momento en que fue finalizado el nexo contractual; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo; carta de terminación del contrato de trabajo, certificación laboral y liquidación definitiva de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF 02Demanda, págs. 24 a 26, 33 a 37 y 40 a 49 y PDF 07ContestaciónFamisanar, págs. 85 a 88).

**4. Despido sin justa causa.** La parte demandada centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que se demostró durante el devenir procesal la justa causa en el despido de la trabajadora, en tanto que aquella aceptó tanto en la diligencia de descargos e interrogatorio de parte que se le practicó, la falta grave que se esbozó como justificación de la terminación de la relación laboral, lo que deviene en la inviabilidad del pago de la indemnización por despido sin justa causa reconocida.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, en el informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en los numerales 6 y 9 del literal a) del artículo 62 del C.S.T., concordante con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 58 de la misma norma sustantiva y artículo 43, numeral 1°, 2° y 6° del Reglamento Interno de Trabajo, así como la política comercial vigente desde el 1 de febrero de 2020, en su numeral 2.6. Decisión que obedeció al bajo rendimiento en las metas comerciales en PBS y PAC durante los meses de mayo, junio y julio de 2020 y con el rendimiento promedio de los demás trabajadores de su grupo comercial.

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajadora los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con la citación y descargos realizados por la empleadora y la calificación que hizo como "*falta grave*", dado al incumplimiento de la política comercial vigente al 1 de febrero de 2020, pues así se predica de la simple lectura a la determinación que en tal sentido se tomó.

En este punto, es oportuno destacar a propósito de la causal a que se refiere el numeral 6° del citado artículo 62 del C.S.T., que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que deben diferenciarse las dos situaciones consagradas en ese precepto normativo; una de ellas es la violación grave de las

obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST, la cual, constituye por sí misma una falta; y la segunda es cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos, siendo criterio decantado que ante el primer supuesto, quien aplica la norma califica la gravedad de la falta, siendo susceptible de verificación por parte del fallador, y en el segundo caso, esa calificación ha de constar en los actos que consagran la falta.

En ese sentido, en sentencia SL 2457-2018 se señaló lo siguiente:

*"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:*

*Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:*

*Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.*

*En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...*

*'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.*

*Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.*

*En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...*

*Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:*

*"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el*

asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal" (Subraya la Sala).

Así, verificado que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, la cual fue sustentada en una falta grave a las obligaciones estipuladas reglamentariamente, deberá determinarse la ocurrencia del hecho y si la conducta que desplegó está calificada como grave por las partes en el reglamento interno de trabajo.

Ha de empezar por señalarse que ninguna discusión ofrece la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral. En efecto, en descargos del 26 de agosto de 2020, la trabajadora admitió que no alcanzó las metas implementadas en la política comercial que inició el 1 de febrero de ese mismo año, aspecto que fue ratificado en interrogatorio de parte, justificando su incumplimiento en la situación que surgió con ocasión de la pandemia del Covid-19 y, por la cual, dio un vuelco a la consecución de clientes.

Demostrado como queda la ocurrencia del hecho atribuido en la carta de despido, surge para la Sala verificar si dicho actuar fue catalogado por las partes como falta grave para dar por finalizado con justa causa el vínculo laboral que los ató.

Conforme a lo anterior, la enjuiciada aduce que la conducta desplegada está catalogada como falta grave en la política comercial con vigencia a partir del 1° de febrero de 2020, así, verificado el citado documento, en el numeral 2.6. se consagró como justa causa para dar rompimiento al contrato de trabajo lo siguiente:

*"2.6. Meta de Ventas: la fuerza de ventas deberá cumplir con las metas establecidas por la organización para la comercialización de los productos PBS y PAC, las cuales serán notificadas de forma mensual entre los primeros tres (3) días hábiles del mes a través de carta personal remitida por correo electrónico al gerente de zona y director comercial correspondiente, el director comercial será el responsable de la entrega y firma de recibido por parte del ejecutivo de ventas, así mismo deberá remitir a más tardar a los dos días hábiles siguientes de la recepción la totalidad de las cartas al área de gestión comercial, las cartas de los directores comerciales y gerentes de zona, de igual forma deberán ser remitidas dentro del mismo plazo.*

*El incumplimiento de la meta mensual en alguno de los productos (PBS o PAC) en tres ocasiones dentro de un periodo de 6 meses constituye una falta grave y como tal es constitutiva de justa causa de terminación de contrato, no obstante, la potestad disciplinaria será evaluada junto con la gerencia de ventas y gerencia comercial."*

De lo expuesto, lo primero que viene a propósito colegir es que en efecto el incumplimiento de las metas fue catalogado como falta grave en la política comercial con vigencia a partir del 1° de febrero de 2020, documento en el que además se fijan la metas o puntos mínimos que debían cumplir la trabajadora en cada mes; no obstante, en la labor de administrar justicia, considera la Sala que no es procedente dar por sentado que al haberse definido como falta grave y verificado la ocurrencia de la conducta antilaboral, lleve a dar por sentado que la finalización de la relación laboral se dio con justa causa, como lo sostiene la censura, pues aquello procedería siempre y cuando la cláusula contractual fuera legal o ajustada a derecho, la cual no lo es, conforme a las razones que pasan a exponerse.

En el citado legajo se estipula que el empleador "de acuerdo con la dinámica del mercado y a las estrategias que considere necesarias en el cumplimiento de su objeto se reserva el derecho de modificar unilateralmente cualquier punto de la política cuando lo considere. Si la modificación

*afecta alguno de los puntos en el pago de comisiones este cambio aplicará a partir del 1er día hábil del mes siguiente a la divulgación, para las ventas radicadas antes de la divulgación aplicará la política que estuviese vigente.”; así mismo, en el párrafo tercero de la cláusula sexta del contrato de trabajo se acordó entre las partes “que ante cualquier variación de los elementos contables, financieros, de mercado o cualquier otro, la EMPRESA se reserva la facultad para ajustar en cualquier tiempo los valores, parámetros o factores que determinen el valor de las comisiones; consecuentemente la EMPRESA se encuentra facultada para modificar y ajustar la **“Política de Comisiones Famisanar Ltda.”**, con el objeto de mantener el equilibrio y coordinación económica en el contrato de trabajo, en tal caso la EMPRESA oportunamente pondrá en conocimiento al TRABAJADOR las modificaciones y las mismas integrarán automáticamente el contrato de trabajo.”*

Un primer aspecto que destacar de las cláusulas anotadas es que, pese a que se entiende que la política comercial se encuentra incorporada al contenido del contrato de trabajo, por haberlo acordado así las partes, lo cierto es que las mismas no dejan de ser una imposición unilateral del empleador, lo que genera arbitrariedad en la imposición de metas, quedando al arbitrio del empleador y de sus intereses, cuyo acatamiento resulta ser perentorio y del que se resalta podría resultar imposible de cumplir por la trabajadora. Entonces, no observa la Sala que tal acuerdo sea consensuado o convenido entre las partes contratantes, y para ello baste con hacer alusión al testimonio de la señora Lorena Castro, quien laboró para la entidad demandada, fue compañera de la actora y dijo que EPS Famisanar S.A.S. impuso metas a partir del 1 de febrero de 2020, mismas que debían cumplirse; lo que connota aún más que quedaba al libre albedrío del dador del laborío su imposición cuyo incumplimiento era generador de la terminación del contrato de trabajo.

En este punto, resulta oportuno precisar que el apoderado de la demandada oportunamente formuló tacha de sospecha contra la citada testigo de la parte actora, por considerar que tiene injerencia en las resultas del proceso, pues a elevado acción ordinaria en contra de la misma entidad y con base en los mismos supuestos que se aluden en esta causa.

En ese sentido, el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Para ello, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, por ejemplo, por razones de parentesco, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Precisión necesaria para denotar que la deponente no tiene interés inclinado a beneficiar la causa de la actora, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir de que la testigo fue clara, contundente y conteste al señalar el cumplimiento de metas que fueron impuestas por la EPS y que no fueron variadas ante la contingencia que se presentó a raíz de la pandemia del Covid-19, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaba imposibilitada para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fue compañera de trabajo de la actora, al desempeñarse ejecutiva comercial y si bien no estaba en el mismo grupo comercial, como lo refiere la censura, lo cierto es que las políticas y metas comerciales son asignadas a cualquier ejecutivo, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de la prestación del servicio, entre esas, la imposición de metas por parte de la EPS.

Aclarado lo anterior y a propósito de la inconformidad expuesta por la demandada en la alzada, debe precisar la Sala que aunque ciertamente bajo el poder subordinante del empleador y su actividad económica se pueden estipular como faltas graves el incumplimiento de metas, debe resaltarse por el Tribunal que ésta facultad encuentra su limitación en la medida de que la misma no dependa de factores externos o de terceros, como acontece en el sub lite, en donde el cumplimiento de los procesos de afiliación al plan de beneficios en salud o planes de salud complementario estuvieron atados a la aceptación expresamente del portafolio de servicios por el cliente, lo que en sí mismo resulta ser incierto y aleatorio, y, por lo tanto, exigir el cumplimiento de una meta condicionada a la voluntad o aceptación de terceros resulta ser desproporcionada, y atentatoria de la constitución y la ley, lo que la convierte en ineficaz de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del CST.

A lo que suma que la actividad en sí misma dependía de otros factores externos que claramente incidían en las ventas y, por ende, en el cumplimiento o no de las metas fijadas por el empleador, como lo fue la circunstancia de salubridad generada por el Covid-19, la cual sin duda dio un vuelco al sector económico del país. La situación que surgió con ocasión al virus, llevó a que el gobierno nacional declarara el estado de emergencia económica, social y ecológica, mediante Decreto 417 de 2020 y, por ende, que adoptara medidas de prevención y control de propagación, entre esas, aislamiento y cuarentena de las personas en general, lo que implicó de cierta manera afectación a los sectores económicos del país, incluida la venta de servicios y productos PBS y PAC, pues así lo precisó la testigo Lorena Castro, señalando que la pandemia generó un declive en las ventas de estos productos y por tanto en el cumplimiento de las metas trazadas por la compañía, pues se requería para tal efecto realizar visitas al sector empresarial y usuarios del subsistema de seguridad social en salud, aspecto que fue impedido por la restricción dadas por el gobierno nacional.

Así las cosas, observa esta Corporación que la argumentación precedente, sirve para ratificar la conclusión ya señalada, según la cual el incumplimiento de metas como causal de despido es ineficaz por ser violatoria de normas superiores y del ordenamiento jurídico laboral, debiendo precisar la Sala que, si bien en el escrito inaugural no se solicita su ineficacia, lo cierto es que cuando la misma es contraria a la constitución y la ley, su declaratoria es obligada, y así lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL375-2018, en los siguientes términos:

*"sin ser necesario que textualmente en la demanda inicial se hubiera solicitado declarar la ineficacia, pues ésta, por ministerio legal, se produce como una consecuencia obligada ante la comprobación de la ilegalidad de una cláusula contractual".*

Así las cosas, del análisis efectuado no se deduce el error en que incurrió el juzgador de primer grado al estimar que no se configuraba la justeza en la finalización de la relación laboral, pues al tornarse ineficaz la estipulación que en tal sentido se hizo, da lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.; inferencia que nada cambia por el hecho de que a la actora se le hayan suministrado elementos de trabajo necesarios para llevar a cabo la labor de ejecutiva comercial durante la pandemia, proporcionado apoyo, acompañamiento y capacitaciones para remediar la deficiencia en el cumplimiento de los objetivos empresariales o a lo sumo porque otros compañeros de trabajo si cumplieron con las metas comerciales establecidas por la EPS, pese a la circunstancias de salubridad que generó el Covid-19, como así lo refirieron los testigos Luis Eduardo Angaria Sánchez y Armando Monsalve Rodríguez y de los cuales se sirve la censura para achacarle una indebida valoración probatoria al A quo.

Lo anterior, por cuanto el cumplimiento de metas resultaba incierto dado a que aquello dependía necesariamente de la aceptación del cliente, de manera que, aunque la EPS

suministró elementos de trabajo, capacitaciones y demás aspectos que se relacionaron en precedencia, ello de ninguna forma garantiza la venta de los productos PBS y PAC a la trabajadora, además, si bien otros trabajadores alcanzaron las metas asignadas por la sociedad demandada, no fue el común denominador dentro del grupo comercial, según se observa en la siguiente tabla y que fue allegada por la misma parte:

Director	Ejecutivo	Cédula	Mezes		Periodo			Valores		
			1-may		1-may		1-jun			
			% Cumplimiento Pbs Meta Prorrateada	% Cumplimiento Pbs Meta Prorrateada	% Cumplimiento Pbs Meta Prorrateada	% Cumplimiento Pac Meta	% Cumplimiento Pbs Meta	% Cumplimiento Pac Meta Prorrateada		
Angarita Luis	Casallas Garcia Jorge Armando	79619936	19.2%	21.4%	32.5%	0.0%	25.8%	45.2%		
Angarita Luis	Delgado Diaz Carlos Fernando	78383256	15.8%	0.0%	20.8%	3.3%	55.0%	10.0%		
Angarita Luis	Garzon Juez Blanca Cecilia	51915066	30.0%	9.0%	20.8%	0.0%	44.2%	24.8%		
Angarita Luis	Garzon Restrepo Nidia	52458142	27.5%	68.3%	44.2%	15.7%	60.0%	79.3%		
Angarita Luis	Gomez Silva Edilberto	79247438	8.3%	3.3%	13.3%	3.3%	23.3%	3.3%		
Angarita Luis	Gonzalez Rodriguez Luz Amanda	20554248	8.3%	0.0%	26.7%	0.0%	23.3%	0.0%		
Angarita Luis	Leiva Sanchez Sony Valery	52551331	20.8%	0.0%	0.0%	0.0%	30.8%	33.3%		
Angarita Luis	Lopez Acevedo Carolina Del Rosario	39777856	34.2%	17.5%	31.7%	0.0%	26.7%	88.3%		
Angarita Luis	Lopez Piza Jessica Andriana	52880719	45.0%	13.4%	43.3%	10.0%	39.2%	10.0%		
Angarita Luis	Maldonado Vanegas Viviana Alexandra	52205824	35.0%	9.0%	20.8%	0.0%	34.2%	48.2%		
Angarita Luis	Martinez Romero Anthony Alexander	31230153	51.7%	0.0%	10.3%	0.0%	37.5%	64.5%		
Angarita Luis	Motiva Benavides Lidia Katherine	52814436	25.8%	25.8%	40.8%	32.5%	49.2%	24.8%		
Angarita Luis	Nemson Ramiro Jose Joaquin	32316111	53.3%	5.2%	43.2%	65.2%	54.2%	37.8%		
Angarita Luis	Ovalle Salamanca Angela	52798598	7.5%	15.2%	58.3%	15.7%	88.3%	38.3%		
Angarita Luis	Rioz Castiblanco Claudia Milena	52523676	24.2%	21.4%	25.0%	0.0%	50.8%	25.4%		
Angarita Luis	Ricoanevo Russi Wilson Jari	1022364886	146.7%	45.7%	100.8%	3.3%	106.7%	24.8%		
Angarita Luis	Safi Angel Ingnar Alejandro	79355232	22.5%	0.0%	26.7%	0.0%	36.7%	9.0%		
Angarita Luis	Salamanca Gutierrez Claudia Patricia	53549442	18.3%	10.8%	23.2%	9.0%	25.8%	15.7%		
Angarita Luis	Vallejo Guarqueta Maria Del Carmen	21028366	23.3%	45.3%	34.2%	28.7%	82.3%	63.3%		
Angarita Luis	Villareal Rojas Yennifer	26561335	5.0%	0.0%	25.0%	9.0%	13.3%	3.3%		

Nótese, entonces, que la mayoría de los trabajadores no alcanzaron el objetivo trazado por el empleador, a lo que suma que no encuentra demostración en el proceso, que aquellos que sí lo alcanzaron hayan tenido las mismas condiciones que la actora en lo atinente a la experiencia, formación, asignación empresarial y plaza comercial, entre otras cosas, sin que en este caso se observe prueba de ello.

Significa lo anterior que ante el vacío probatorio y la ineficacia de la cláusula contractual el despido de la trabajadora deviene sin justa causa y por consiguiente hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa solicitada por esta. En consecuencia, al margen de lo expuesto y como quiera que ningún desafuero cometió el juez de primer grado, es claro que se confirmará su determinación.

**5. Costas.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la EPS Famisanar S.A.S. y a favor de la parte actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

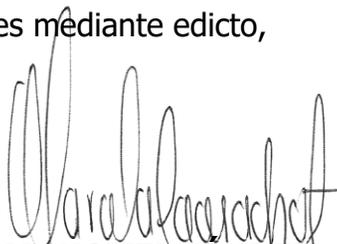
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de EPS Famisanar S.A.S. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
 Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **BLANCA CECILIA GARZÓN JUEZ** y a cargo de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, en la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

---

---

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** GUILLERMO LEÓN VALENCIA CARDONA  
**Demandado:** PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL  
INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL LIQUIDADO – PAR ISS -,  
SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA FIDUAGRARIA  
S.A.  
**Radicado No.:** 37-2018-00264-02 – ACUMULADO 37-2018-00338-02  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO – APELACIÓN PARTES

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

#### 1. Demanda.

**1.1. Proceso 2018-264.** Guillermo León Valencia Cardona instauró demanda ordinaria contra Fiduagraria S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, con el propósito de que sea condenada a liquidar y pagar el reajuste en las cesantías con base en el régimen de retroactividad por todo el tiempo que duró la relación laboral; los intereses a las cesantías causados por los años 2013, 2014 y por el lapso laborado en 2015; indemnización moratoria y en subsidio indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró al servicio del ISS, mediante un contrato de trabajo que se extendió entre el 23 de abril de 1997 al 30 de marzo de 2015, desempeñando el cargo de técnico de servicios administrativos, grado 7, relación laboral que finalizó como consecuencia de la liquidación de la entidad. Informó que durante el último año de servicio devengaba un salario básico de \$1.731.896 y un salario promedio mensual de \$2.559.626 con el que le fueron liquidadas las cesantías definitivas. Indicó que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita en el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, la cual se prorrogó de manera automática a partir del 31 de octubre de 2004, y se encontraba vigente para la data en que finiquitó el laborío.

Aludió a que mediante Resolución núm. 8371 del 4 de marzo de 2015, se ordenó el pago, entre otros conceptos, del auxilio de las cesantías, mismas que fueron liquidadas por valor de \$25.853.501, sin tener en cuenta el régimen de retroactividad que lo cobija por haber ingresado antes de 1998, de conformidad con la convención colectiva de trabajo. Agregó que el ISS liquidó y canceló de manera deficitaria los intereses a las cesantías causados durante los años 2013 y 2014, al no cuantificarlos con base en el valor consolidado del auxilio de cesantías retroactivas a diciembre de cada anualidad.

**1.2. Proceso 2018-338.** El mismo accionante solicitó que se declare la existencia de una relación laboral entre el 4 de abril de 1986 hasta el 31 de marzo del 2015 con la encartada y, en consecuencia, se dispusiera a su favor el incremento salarial, vacaciones legales y extralegales, prima legal y extralegal de servicios, auxilio de alimentación y de transporte, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, causado durante el tiempo laborado como contratista; cesantías retroactivas durante el tiempo que perduró la relación laboral, reliquidación de indemnización convencional y legal por terminación unilateral de la relación laboral, indemnización moratoria, indexación, costas y agencias en derecho.

Fundamentó estas pretensiones aduciendo que entre el 4 de abril de 1986 al 22 de abril de 1997 suscribió contratos de prestación de servicios con el ISS, para prestar sus servicios como auxiliar de servicios administrativos y técnico de servicios administrativos, acatando reglamentos, cumpliendo con un horario y obedeciendo órdenes e instrucciones sobre condiciones de lugar, modo y cantidad de trabajo a realizar, por parte sus jefes inmediatos. Expuso que a partir del 23 de abril de 1997 suscribió contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de técnico de servicios administrativos, grado 17, en el Centro de Atención Básica en Salud Ocupacional (CABSO), Seccional Cundinamarca, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SintraseguridadSocial. (Expediente digital, cuadernos 1 y 2, PDF 3. Subsanación).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. 2018-264.** En auto calendarado 19 de diciembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda.

**3.2. 2018-338.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no puede ser considerada como sucesor procesal del ISS, ya que es ajena a las relaciones jurídicas de carácter sustancial y/o procesal que hayan dado origen al eventual vínculo aducido entre la citada entidad y el demandante, razón por la cual no tiene capacidad ni interés legítimo que permita inferir la vinculación de la sociedad fiduciaria. Sostuvo que el contratista nunca estuvo unido como trabajador oficial, ya que no obra prueba en el proceso del acta de posesión o documento alguno que acredite tal calidad, además, indicó que la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales regidos por la ley 80 de 1993, no genera ninguna similitud con contratos laborales, ni menos pagos de prestaciones sociales.

En lo que hace a los supuestos fácticos no le constó ninguno de ellos y formuló la excepción previa de falta de reclamación administrativa y como de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada e innominada.

(Expediente digital, cuaderno 2, PDF 7. Contestación).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 6 de julio de 2022, en la que el fallador condenó a la demandada a reconocer y pagar la diferencia entre lo pagado y lo que debía cancelarse por conceptos de cesantías retroactivas e intereses a las cesantías, debidamente indexado.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, se propuso verificar sí entre las partes en aplicación del principio de la realidad sobre las formas jurídicas existió un contrato de trabajo desde 4 de abril de 1986 hasta 31 de marzo del 2015, caso en el cual entraría a establecer si le asiste el derecho al pago de todas las pretensiones e indemnizaciones deprecadas en ambas demandas. Con tal propósito y luego de citar lo dispuesto en los artículos 53 de la Constitución Política, 2º y 20º del Decreto 2127 de 1945 y valorar los medios de convicción incorporados, indicó que existieron de manera ininterrumpida 22 contratos de prestación de servicios suscritos desde 4 de abril de 1986 hasta el 22 de abril de 1997, de los cuales podría colegir la prestación efectiva del servicio al extinto ISS y de la prueba testimonial practicada en el proceso.

Dijo que, demostrada la prestación del servicio, habilita la presunción de subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, según lo consagrado en el artículo 20º del Decreto 2127 de 1945, misma que dedujo fue desvirtuada por la pasiva, ya que de los mismos nexos contractuales podía inferir que el ISS se vio obligado a la ampliación de personal para la atención eficaz del servicio público, situación que en el citado sector se realiza a través de una medida administrativa que facilite y permita su ampliación, entre eso, mediante la contratación atípica, *“como ocurrió con las vinculaciones iniciales celebradas con el actor, incluso con la testigo.”*

Advirtió que la pasiva no pretendió ocultar relación laboral alguna, toda vez que los 22 contratos de prestación de servicio suscritos tuvieron como fin cubrir la necesidad de prestación del servicio. A lo anterior sumó que la testigo no precisó las órdenes que se le impartieron al demandante, sino las funciones que debía desempeñar, aspecto que no corresponde a un acto de subordinación jurídica, sino de simple coordinación. Precisó que el hecho de que el actor haya realizado una labor igual a un trabajador de planta, no acredita la existencia del vínculo laboral, *“puesto que justamente la necesidad de la cobertura en esas labores es lo que justifica la contratación atípica ante la imposibilidad de nombrar personal en forma directa, por lo tanto, no es un indicativo de la existencia de la relación laboral.”*

En ese orden, negó la existencia del contrato de trabajo y absolvió a la encartada de las pretensiones que se relacionaron en la demanda 2018-338. En lo atinente a la petición tendiente a que se reliquide el auxilio de cesantías señaló que se encuentra acreditado la congelación de estas para los periodos del año 2002 al 2011, en virtud de la regulación y negociación colectiva entre el ISS y el sindicato. Dijo que, en armonía al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la liquidación de prestaciones sociales que elaboró el ISS, el auxilio de cesantías fue reconocido de manera retroactiva, teniendo para el efecto 2.858 días que no corresponden a todo el tiempo laborado, en tanto que fue excluido el periodo de la congelación en los términos del artículo 62 convencional.

Refirió que a pesar de que el contrato de trabajo no estaba vigente a partir de la Ley 344 de 1996, dicho derecho debía ser reconocido al demandante a la luz del criterio jurisprudencial al 25 de mayo del 2000. Concluyó que la prestación debe ser reliquidada incluyendo el periodo comprendido entre 1 de enero de 2002 hasta 30 de marzo de 2015, con un salario de \$2.559.626, además, los intereses a las cesantías por el mismo periodo.

En lo que hace a la indemnización moratoria sostuvo que debe acreditarse el proceder de la entidad bajo los postulados de la buena fe, de manera que en el asunto de marras observaba su acreditación, toda vez que el derecho al reconocimiento de las cesantías congeladas solo fue definido con posterioridad a la luz de la jurisprudencia laboral, *“lo que permite evidenciar que para el momento en que se evidenció el pago, se realizó una interpretación adecuada a la literalidad que se generaba en ese momento para la celebración del texto convencional, actuar que, bajo ese entendido, para ese momento, se entiende con actuar*

*precedido bajo una obligación extralegal, en este caso, para la empresa que justificó en su momento de no reconocer los valores que se determinan como reliquidación de esta sentencia”.*

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. Demandante.** Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que el A quo realizó una indebida valoración de los medios de prueba, entre tanto no tuvo en cuenta el testimonio que fue allegado al proceso, quien dio cuenta de manera clara sobre la existencia de todos los contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante, dejando en evidencia la mala fe con la que actuó la pasiva. Indicó que debió declararse el contrato de trabajo, ya que aportó documentales que así lo evidencian, además, la deponente narró que, pese a la suscripción de esos contratos civiles, la empleadora impartía órdenes al demandante, exigía horario y daba elementos de trabajo. Por otro lado, consideró que, pese a que el cognoscente de primer grado concedió la indexación de las sumas, debió haberse ordenado la sanción moratoria, toda vez que se denota la mala fe del ISS, quien mantuvo vinculaciones de carácter civil, cuando ello no correspondía a la realidad.

**5.2. Demandada.** Como sustento de su alzada adujo que obra acto administrativo mediante el cual se le liquidaron las cesantías del demandante, luego no da lugar a que se reliquiden las mismas, en tanto que para el año 2002 al 2011 se le canceló el auxilio de manera anualizada, al tiempo que los intereses a las mismas. Solicitó en todo caso que se proceda a realizar nuevamente la liquidación de estos emolumentos, teniendo en cuenta la normatividad que rige a los trabajadores del ISS.

**6. Alegatos de conclusión.** Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de la encartada en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El Instituto de Seguros Sociales, fungió como empleador de la actora en el periodo comprendido entre 4 de abril de 1986 al 22 de abril de 1997, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? De ser afirmativa la respuesta, esta Sala establecerá el salario y (ii) ¿si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio?; del mismo modo se deberá determinar (iii) ¿si el congelamiento de las cesantías dispuesto por la convención colectiva de trabajo del ISS y su liquidación anual es inaplicable al demandante, para luego verificar si hay lugar a reliquidar tal prestación y acceder al reconocimiento de las sanciones legales deprecadas?

**3. Supuestos fácticos probados.** Señalado lo anterior, es menester precisar que no existe duda alguna que entre el demandante y el ISS, existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 23 de abril de 1997 y finalizó sin justa causa por parte del empleador el 30 de marzo de 2015. Del mismo modo no hay discusión respecto a que el cargo desempeñado por el actor fue el de técnico de servicios administrativo, ni fue objeto de controversia aquel se beneficia de la convención colectiva suscrita entre el ISS y el

Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, misma que fue allegada con los requisitos establecidos en el artículo 469 del CST, para su debida valoración.

**4. Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba el demandante.** Cumple recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la administración pública a la celebración de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad contratante, exigiendo para su celebración, que dichas actividades no puedan realizarse por el personal de planta y que requieran de conocimientos especializados; casos en los cuales no se generará ningún tipo de relación laboral, ni de prestaciones sociales, por lo que el contrato se deberá celebrar por un término que sea el estrictamente indispensable.

Ahora, el contrato de trabajo a la luz de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2127 de 1945, se entiende como aquella *“relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquella cierta remuneración.”*

Así mismo, dicho decreto en su artículo 2° señala que para que se configura una relación de índole laboral, se debe concurrir tres presupuestos:

- 1) actividad personal del trabajador;
- 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponer un reglamento, dar órdenes y vigilar su cumplimiento;
- 3) Un salario como retribución del servicio.

Reunidos estos tres presupuestos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el patrono, tampoco por las modalidades de la labor, el tiempo que en su ejecución se invierta, el sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, ni del sistema de pago o de cualquier otra circunstancia, tal como lo dispone el artículo 3° de la mencionada normatividad.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, oportunidad en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; señaló cuales eran las **características del contrato de prestación de servicios** y sus diferencias con el contrato de trabajo; *indicando que la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta o cuando sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional*, prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, ***debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico***, pues esta característica constituye el elemento esencial de dicho contrato y significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del contrato y la realización de la labor.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se presume la existencia de contrato de trabajo entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe y aprovecha, correspondiéndole a este último desvirtuar la presunción. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente, que las actividades no podían desarrollarse con el personal

de planta o que las labores contratadas requerían de conocimientos muy especializados que hicieran imperioso aplicar la modalidad contractual regida por la Ley 80 de 1993, ello con miras de destruir la presunción antes señalada, sin que para **ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente, tal y como fue señalado en sentencia C-665 de 1998.**

Dicha presunción al igual tiene pleno respaldo en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a propósito, en sentencia SL11896-2017, en la que explicó:

*"Para que en un juicio laboral se pueda afirmar la existencia de un contrato de trabajo, se requiere que esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, así como también la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo. No obstante, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, no es necesaria la acreditación de la citada subordinación con la producción de la respectiva prueba, pues en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST, y que en nuestro caso por tratarse de un trabajador oficial corresponde al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual enseña: "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción".*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que conforme al haz probatorio adosado al plenario se desprende, sin lugar a equívocos, que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del señor Guillermo León Valencia Cardona a favor del extinto Instituto de Seguros Sociales, como dan cuenta los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y las certificaciones calendadas 30 de julio de 1996 y 13 de diciembre de 2012, durante el periodo que se relaciona a continuación:

Cargo	Fecha Inicial	Fecha Final
Aux. Serv. Administrativos	4/04/1986	3/10/1986
Aux. Serv. Administrativos	27/10/1986	26/04/1987
Aux. Serv. Administrativos	25/05/1987	24/11/1987
Aux. Serv. Administrativos	25/11/1987	24/04/1988
Aux. Serv. Administrativos	9/05/1988	8/11/1988
Aux. Serv. Administrativos	17/11/1988	16/05/1989
Aux. Serv. Administrativos	31/07/1989	30/01/1990
Aux. Serv. Administrativos	14/03/1990	31/12/1990
Aux. Serv. Administrativos	22/02/1991	29/02/1992
Aux. Serv. Administrativos	4/03/1992	31/12/1992
Aux. Serv. Administrativos	29/12/1992	28/02/1993
Aux. Serv. Administrativos	9/03/1993	3/09/1993
Aux. Serv. Administrativos	10/09/1993	9/03/1994
Aux. Serv. Administrativos	10/03/1994	9/09/1994
Aux. Serv. Administrativos	12/09/1994	27/12/1994
Técnico Serv. Admitivos	28/12/1994	27/06/1995
Técnico Serv. Admitivos	30/06/1995	29/12/1995
Técnico Serv. Admitivos	30/12/1995	23/01/1996
Técnico Serv. Admitivos	24/01/1996	9/04/1996
Técnico Serv. Admitivos	10/04/1996	9/06/1996
Técnico Serv. Admitivos	21/06/1996	20/10/1996
Técnico Serv. Admitivos	25/10/1996	29/02/1997
Técnico Serv. Admitivos	3/03/1997	22/04/1997

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del gestor de la litis al servicio del ISS Liquidado, opera la presunción de existencia de un

contrato de trabajo contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual, de entrada, se advierte no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la pasiva desde la contestación de demanda.

En este punto, importa destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que “*requieran de conocimientos especializados*” conforme al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que pueda decirse que las funciones de auxiliar y técnico de servicios administrativos requirieron de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, que requieren altos estudios y experiencia particularísima. Por lo que, en el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por el demandante no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a aquella para acceder al cargo.

Bajo ese contexto, al no lograr la enjuiciada desvirtuar la presunción en su contra, contrario a lo colegido por el cognoscente de primer grado, es claro que la relación se desarrolló bajo las condiciones propias de un contrato de trabajo. De hecho, la realidad que aflora de los medios de convicción allegados al plenario es que el demandante prestó sus servicios y estuvo subordinado al ISS, conclusión a la que se arriba luego de escuchar el testimonio de la señora María Edilma Suarez Barón, quien relató que la labor ejecutada por el actor no se hacía en forma autónoma e independiente, dando fe de que éste desempeñaba la misma mediante estricta coordinación, programación, horario, cantidad de trabajo y supervisión de la pasiva. Relato que se opone a la inferencia del A quo, dado que explicó que las actividades desplegadas por el promotor de la Litis estaban atadas a las órdenes que impartía la entidad, a quien le debía presentar informes, pedir permisos, autorizaciones e instrucciones.

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que la actividad que ejerció el actor a favor de la entidad no fue temporal, excepcional o transitoria, pues, no otra cosa podría deducirse de la multiplicidad sucesiva de contratos de prestación de servicio que firmaron las partes, desvirtuando la presunción que dice la censura que contiene la Ley 80 de 1993. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL981-2019, se dijo al respecto:

*"la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido. Se trata mediante esta figura de afrontar situaciones especiales relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, por tanto, la temporalidad y excepcionalidad de la contratación es de la esencia de este tipo de contratos. En este sentido, cuando las actividades atendidas a través de esta clase de vinculación demanden una permanencia superior o indefinida, de modo tal que se desborde su transitoriedad, es necesario que la entidad contemple en su respectiva planta los cargos necesarios para desarrollarlas."*

Corolario de lo anterior, es evidente el dislate en que incurrió el Juez primigenio, ya que para esta Sala el ente ejercía poder subordinante que, sumado a la prestación personal del servicio y al pago de una suma mensual, no dejan duda de la existencia del contrato de trabajo. Aunado a que, como se vio, la realidad demuestra que la actividad desarrollada por el actor se ejecutó bajo una verdadera relación contractual laboral, como quiera que la función ejercida no comportaba autonomía e independencia en su realización, es decir, que no contaba con ese marco de libertad bajo el cual fue contratado durante varios años, signo indicativo que siempre estuvo bajo la continuada dependencia, aspecto que no

sobra reiterar, fue corroborado por la señora María Edilma Suarez Barón, quien en forma coherente y precisa indicó la necesidad específica de la entidad de contar con sus servicios personales, prestación que se hacía bajo directrices y bajo una inclemente subordinación jurídica.

Concluyendo que la suscripción de contratos de prestación de servicios, por sí sola, no prueba que el tipo de vinculación estuviera atado a la inexistencia de poder subordinante, ni que el personal de planta fuera escaso para cumplir las obligaciones a cargo del ente accionado (SL3092 de 2022), como erróneamente lo señaló el A quo para deducir la inexistencia del laborío, máxime cuando se tiene que de conformidad con el Decreto 3074 de 1968, *“para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”*; y en esas condiciones, dado el desacierto en que incurrió, se sigue revocar la decisión que tomó, para en su lugar declarar la existencia de la relación laboral.

**4.1. Extremos temporales de la relación.** Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 4 de abril de 1986 hasta el 31 de marzo del 2015, en tanto que no hubo interrupción entre la primera data al 22 de abril de 1997.

Sobre este aspecto no se encuentra probado que el actor haya prestado sus servicios de forma continua e ininterrumpida, como consecuencia del periodo de solución de continuidad que se presentó entre el 17 de mayo al 30 de julio de 1989, 31 de enero al 13 de marzo de 1990 y 1 de enero al 21 de febrero de 1991, tiempo durante el cual no acreditó haber prestado sus servicios.

Bajo ese norte, es preciso destacar por esta Corporación que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral *“solo se consideran aparentes o formales las interrupciones cortas entre la finalización y la iniciación de uno y otro contrato, entendidas como aquellas inferiores a un mes, por lo que las que sean superiores, permiten inferir la intención de las partes de no darles continuidad”* (SL574-2021); es claro que, del análisis de los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante, se concluye que hubo lapsos superiores a 30 días, que no permiten presuponer la no solución de continuidad de la prestación de servicios del trabajador del 4 de abril de 1986 al 22 de abril de 1997.

Así las cosas, al hallarse probado que no hubo interrupción desde el 22 de febrero de 1991 al 22 de abril de 1997 y a partir del día siguiente al 31 de marzo del 2015, por lo menos no de tal entidad que haga presuponer la solución de continuidad de la vinculación laboral, pues, aquellas resultan ínfimas, corresponde a esta Corporación *“dictar una condena minus petita, esto es, corresponde al juez dictar una condena minus petita, esto es, reconocer lo que se encuentre probado así sea parcialmente, de cara a lo planteado en las pretensiones de la demanda inicial”* (SL381-2021)

Por tal razón, se declarará la existencia de cuatro relacionales laborales en tanto que aquella fue fragmentada, en la medida que no podía predicarse la existencia de un solo contrato de trabajo, al igual que en lo que concierne a sus hitos temporales lo serán las citadas datas. No obstante, desde ya debe precisar la Sala que, pese a que se declaran cuatro nexos contractuales, corresponde evaluar las condenas que pudiesen causarse por el último de aquellos, cuya vigencia correspondió entre **22 de febrero de 1991 al 31 de marzo de 2015**, que atañe a la última vinculación laboral continua entre las partes, según criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en

sentencias SL381-2021, SL3570-2020, SL2345-2018 y SL3215-2018. En esta última decisión se indicó:

*"Sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, por lo menos el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes y que aparezca acreditado, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.*

*Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:*

*[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes. Es así como, en sentencia de la CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, en un proceso análogo seguido contra el mismo ISS, se puntualizó:*

*En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.*

*Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.*

*Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes (Resalta la Sala).*

*El anterior criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL14969-2017, rad. 52813; CSJ SL13444-2017, rad. 50565; y CSJ SL087-2018, rad. 51340."*

**4.2. Salario.** En lo atinente al salario devengado por el actor en vigencia de la relación declarada, es del caso resaltar, que corresponde a la parte activa allegar el medio de persuasión que permita determinar con contundencia el salario que aduce devenga, debiéndose aclarar que no es suficiente afirmarlo, sino imperativo resulta su demostración, toda vez que aseverar no es probar. Por manera y en lo que al fondo del asunto concierne, esta Sala evidencia que el salario se encuentra demostrado con la certificación laboral del 13 de diciembre de 2012, siendo esto, por tanto, el siguiente:

<b>Cargo</b>	<b>Fecha Inicial</b>	<b>Fecha Final</b>	<b>SALARIO</b>
Aux. Serv. Administrativos	22/02/1991	29/02/1992	\$ 117.450,00
Aux. Serv. Administrativos	4/03/1992	31/12/1992	\$ 140.838,00
Aux. Serv. Administrativos	29/12/1992	28/02/1993	-
Aux. Serv. Administrativos	9/03/1993	3/09/1993	\$ 173.689,00
Aux. Serv. Administrativos	10/09/1993	9/03/1994	\$ 220.000,00
Aux. Serv. Administrativos	10/03/1994	9/09/1994	\$ 266.200,00
Aux. Serv. Administrativos	12/09/1994	27/12/1994	\$ 266.200,00
Técnico Serv. Admitivos	28/12/1994	27/06/1995	\$ 338.800,00
Técnico Serv. Admitivos	30/06/1995	29/12/1995	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	30/12/1995	23/01/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	24/01/1996	9/04/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	10/04/1996	9/06/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	21/06/1996	20/10/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	25/10/1996	29/02/1997	\$ 474.000,00
Técnico Serv. Admitivos	3/03/1997	22/04/1997	\$ 579.000,00

En lo que hace el periodo del 1 de enero al 28 de febrero de 1993, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$81.510, en tanto que nadie puede devengar por debajo del mismo. Finalmente, en lo que hace al último salario devengado, este se encuentra demostrado con la liquidación definitiva de prestaciones sociales, documental que registra como salario básico devengado, más el incremento adicional por servicios prestados la suma de \$1.905.086; como salario base para vacaciones y prima de vacaciones, la suma de \$2.341.402; para la prima de servicios la suma de \$2.415.805 y auxilio de cesantías la suma de \$2.559.626.

**4.3. Calificación de la naturaleza del vínculo.** Con respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, se recuerda que no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 5o del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que según los artículos 1° del Decreto 2148 de 1992 y 4° del Decreto 4107 de 2011, el Instituto de Seguros Sociales es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Salud y Protección social. De manera que, a voces del inciso 2° del artículo 5.° del Decreto Ley 3135 de 1968 los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

Por lo tanto, tenemos que el actor es trabajador oficial, dado que prestó sus servicios personales de técnico de servicios administrativos a favor de la entidad, labores que no están contempladas para ser desempeñada por un empleado público.

Ahora, es necesario precisar que, dada la naturaleza de la entidad, el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los trabajadores oficiales del ISS, como quiera que en su artículo 2° establece que para los efectos de la citada norma, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, los ministerios,

departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejó sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

**5. Excepción de prescripción.** En lo atinente a la excepción propuesta por la encartada dentro del proceso con radicado núm. 2018-00338, es dable memorar que las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En este punto es necesario precisar que, al haber tenido el actor la calidad de **trabajador oficial**, el término prescriptivo de las prestaciones sociales a la fecha del finiquito debe contabilizarse una vez vencidos los 90 días calendario que tiene la administración para el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones. (CSJ SL 3503-2019).

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en sentencia SL 981-2019, en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*; sin embargo, como se señaló precedentemente, en tratándose de trabajadores oficiales su exigibilidad se traslada a la fecha de **vencimiento de los 90 días** calendario que tiene la accionada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Respecto de la compensación de las vacaciones, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 *«causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho»*, premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas (negritas fuera de texto).

Así mismo, conforme al art. 46 del Decreto 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de **30 días para solicitarlas**, a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»* Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador).

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles.

Aclarado lo anterior y como se anotó en precedencia, se reclaman derechos laborales causados en el curso de la relación laboral y a la finalización de esta. Por tanto, teniendo en cuenta que la parte actora solicita el reconocimiento y pago del incremento salarial, vacaciones legales y extralegales, prima legal y extralegal de servicios, auxilio de alimentación y de transporte del periodo comprendido entre **22 de febrero de 1991** al **22 de abril de 1997**, es claro que operó la prescripción sobre estas pretensiones, si se tiene en cuenta que el accionante efectuó **reclamación administrativa** el **28 de marzo de 2018** y presentó la demanda el **25 de mayo del mismo año**.

Ahora, como algunas de las acreencias laborales reclamadas son de **carácter periódico**, definidas como aquellas que el empleador está obligado a pagar mientras esté vigente el contrato en forma continua o repetida, resultan en este caso prescritas aquellas no reclamadas dentro de los tres años de la prescripción ordinaria, es decir, aquellas que su exigibilidad tuvo lugar 3 años antes de la reclamación administrativa. En esas condiciones, como la relación laboral finalizó el **31 de marzo de 2015** y los **90 días** calendario con que contaba la pasiva para pagar la reliquidación del auxilio de cesantías e indemnización convencional y legal por terminación unilateral de la relación laboral vencieron el **30 de junio de 2015**, el actor tenía hasta el mismo día y mes del año **2018**, para efectuar reclamación administrativa tendiente a interrumpir la prescripción, misma que surtió el **28 de marzo de 2018**, habilitando nuevamente el término de 3 años para iniciar la acción judicial, el cual fue atendido en razón a que la **demand**a fue radicada el **25 de mayo del mismo año**, en consecuencia, puede concluirse que no operó la prescripción para reclamar las acreencias laborales exigibles a la terminación del contrato.

Conforme a lo anteriormente dicho, la Sala **DECLARARÁ PROBADA** parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, conforme a lo arriba expuesto.

## **6. Reliquidación del auxilio de cesantía, sus intereses e indemnización por despido sin justa causa**

**6.1. Régimen de cesantías retroactivas.** Atinente a la inconformidad que tiene la censura sobre la reliquidación de la cesantía que dispuso el A quo, es preciso señalar que el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 suscrita con el ISS determinó que a partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez años. Sin embargo, en sentencia SL1901-2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, fijó el alcance de dicha disposición extralegal, refiriendo para tal efecto que el congelamiento del auxilio y su liquidación anual es inaplicable ante la normatividad que impone la conservación del sistema de retroactividad en términos del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el 2 del Decreto 1252 de 2000, considerando que se trata de una prescripción legal que resulta irrenunciable y desconoce derechos mínimos de los trabajadores. En ese sentido, dijo:

*"En esa línea de pensamiento y para una mejor comprensión, se tiene que el debate surge en relación con un trabajador que venía gozando del régimen legal de cesantías retroactivas, al entrar en vigencia la Ley 344 de 1996 y decidió acogerse al nuevo régimen y, respecto de aquellos que a 25 de mayo de 2000, continuaba con la liquidación retroactiva de cesantías, la cual es modificada por la convención colectiva de trabajo, desconociendo prescripciones legales como las contempladas en dichas normas, que claramente establecen la garantía de conservar dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.*

*Vistas, así las cosas, la nueva tesis que esgrime la Sala es que el congelamiento de las cesantías dispuesto por la norma convencional y su liquidación anual es inaplicable ante la normativa que impone la conservación del sistema de liquidación retroactiva, contemplada en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 2º del Decreto 1252 de 2000, por la sencilla razón de que se trata de una prescripción legal que resulta irrenunciable y desconoce los derechos mínimos del trabajador. De esta forma, los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales que a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y/o a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantía retroactiva, no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo."*

De cara a dicho referente jurisprudencial, el A quo no erró al señalar que el artículo 62 convencional resultaba inaplicable al actor, en tanto que aquel disfrutaba del sistema de

liquidación retroactiva al 25 de mayo de 2000 y cuando entró en vigor la Ley 344 de 1996, de cara a la vigencia de la relación laboral hallada.

Así entonces, atendiendo a que la Sala encontró que el trabajador sostuvo un contrato de trabajo con el ISS desde el 22 de febrero de 1991 al 31 de marzo de 2015, se procede a reliquidar el aludido rédito con el régimen de retroactividad de la siguiente forma:

<b>Auxilio de Cesantías</b>			
Auxilio de Cesantías	Salario	Días Liquidados	Valor cesantías
1991-2015	\$ 2.559.626	8671	\$ 61.651.436,24
Cesantías pagadas en liquidación final			\$ 37.555.208,00
Anticipos			\$ 11.701.607,00
Total a pagar			<b>\$ 12.394.621,24</b>

Como se observa, existieron un total de anticipos de la prestación girados al trabajador durante la relación laboral, por la suma de \$11.701.607, mismos que se reflejan de la liquidación definitiva de prestaciones sociales que allegó la parte demandante, los cuales deben ser descontados, así como las sumas que fueron canceladas por la entidad por concepto de auxilio de cesantías, esto es, \$37.555.208, al valor total que le correspondía por ese emolumento. En consecuencia, se modificará el literal "a" de la sentencia confutada, en el sentido de ordenar el pago de la suma **\$12.394.621,24**, por concepto de reliquidación del auxilio de cesantía.

**6.2. Intereses a las cesantías.** Teniendo en cuenta que este concepto se encuentra soportado en el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo, no es viable imponer condena por concepto de intereses a las cesantías, pues tal y como se dijo en sentencia SL1994 de 2022:

*"Pese a que se reclamaron en la demanda, dicha prestación no es legal, sino que tiene origen en el mismo artículo 62 convencional. Dado lo anterior, en atención al principio de inescindibilidad que rige el escenario laboral, las disposiciones normativas deben aplicarse en su integridad y no mediante usos parciales, lo que ha sido reconocido por el precedente de esta Corporación mediante fallo SL2862-2021, donde trató justamente el tema de cesantías e intereses de cesantías derivados del artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo del ISS, y acotó,*

No sobra recordar que el auxilio de cesantía percibía, según la convención colectiva de trabajo, unos intereses, que no es dable aplicar aquí, porque, como ya se explicó en sede casacional, se reconocerá únicamente lo que correspondería desde el punto de vista legal y no hay norma que habilite ese reconocimiento para trabajadores oficiales."

En ese orden, se revocará la condena impuesta por este concepto.

**6.3. Indemnización por despido sin justa causa convencional.** Quedó sentado en acápite anterior que el ISS dio por terminado el contrato de trabajo sin respaldo en una de las justas previstas por el art. 7 del D. 2351 de 1965, de tal modo que reconoció por concepto de indemnización prevista en el literal "d" del artículo 5° de la convención colectiva de trabajo a favor del actor, la suma de **\$83.754.287**, teniendo en cuenta un tiempo de servicio entre el **23 de abril de 1997** al **30 de marzo de 2015**.

Ahora, como quiera que la Sala encontró probado que la relación laboral perduró entre el **22 de febrero de 1991** al **31 de marzo de 2015**, es dable acceder a la reliquidación solicitada, teniendo únicamente para tal efecto el literal "d" del artículo 5° de la convención colectiva de trabajo, pues no es dable imponer doble condena por un mismo

concepto, cuando se solicita la indemnización legal. Dicha disposición convencional señala que:

*"d) Si el trabajador tuviere diez (10) años o más de servicio continuo, se le pagarán cincuenta y cinco (55) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción"*

En esas condiciones, el monto adeudado por concepto de reliquidación de la indemnización por despido sin justa convencional corresponde a **\$2.165.092**:

<b>Indemnización por despido sin justa causa</b>					
Salario Básico	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 1.905.086	22/02/1991	21/02/1992	\$ 63.502,87	50	<b>\$ 3.175.143</b>
\$ 1.905.086	22/02/1992	21/02/1993	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/1993	21/02/1994	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/1994	21/02/1995	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/1995	21/02/1996	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/1996	21/02/1997	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/1997	21/02/1998	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/1998	21/02/1999	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/1999	21/02/2000	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2000	21/02/2001	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2001	21/02/2002	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2002	21/02/2003	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2003	21/02/2004	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2004	21/02/2005	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2005	21/02/2006	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2006	21/02/2007	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2007	21/02/2008	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2008	21/02/2009	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2009	21/02/2010	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2010	21/02/2011	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2011	21/02/2012	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2012	21/02/2013	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2013	21/02/2014	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2014	21/02/2015	\$ 63.502,87	55	<b>\$ 3.492.658</b>
\$ 1.905.086	22/02/2015	31/03/2015	\$ 63.502,87	38	<b>\$ 2.413.109</b>
Total Indemnización					<b>\$ 85.919.379</b>
Indemnización pagada en liquidación final					<b>\$ 83.754.287</b>
Diferencia					<b>\$ 2.165.092</b>

Lo anterior en tanto que la misma se liquida con el último salario básico que corresponde al indicado en la liquidación final de prestaciones sociales, sin que la parte actora haya demostrado salario superior, correspondiéndole en consecuencia la suma de **\$2.165.092** valor insoluto de la indemnización por despido sin justa causa.

**7. Indemnización moratoria.** En el presente asunto al tratarse de un trabajador oficial, la norma al gobernar el asunto es el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Así las cosas, debe recordarse que la mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Dicha buena fe “no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley pues, en cualquier caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014).”

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que, aunque es cierto que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es viable imponer condena sobre la indemnización moratoria soportada en la reliquidación del auxilio de cesantía con régimen tradicional o de retroactividad, aduciendo que “comoquiera que la accionada liquidó el auxilio de las cesantías, conforme al criterio jurisprudencial vigente para la data de terminación de la relación laboral, el que, como se indicó en casación, varió con providencia CSJ SL1901-2021 del 28 de abril de dicha anualidad, razón por la cual la Sala observa que en tal oportunidad se actuó de buena fe, pagando lo que consideraba deber, como se adujo, verbigracia, en sentencias CSJ SL2862-2021 y en CSJ SL3543-2021.” (SL-2535-2022); esta Corporación no puede pasar por alto que no existe ninguna razón válida para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, cuando pretendió legitimar la vinculación del actor antes del 22 de abril de 1997, mediante sendos contratos de prestación de servicios, que no corresponden con la realidad.

En ese sentido, la conducta que adoptó la empleadora dista del postulado de buena fe, sin que sea suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactaron varios contratos de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través de los citados contratos civiles, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo la estricta subordinación y poderío de la pasiva, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo.

Ahora, sería del caso imponer la sanción moratoria, sino es porque evidencia esta Corporación que no puede acceder a la misma, si se tiene en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sido clara al señalar, entre otras, en la sentencia SL 980 del 2020, que la sanción moratoria en los eventos de liquidación de una entidad oficial opera hasta que ésta deja de existir, es decir, hasta la fecha de suscripción del acta final de liquidación, que para el caso en concreto, se dio el 31 de marzo de 2015, fecha en la que se extinguió el ISS, según lo establecido en el artículo 5 del Decreto 553 del 27 de marzo de 2015.

Así, como la relación laboral que cobijó al demandante con el ISS finalizó el 31 de marzo de 2015, no procede el reconocimiento de la indemnización moratoria, pues a esa fecha dejó de existir el ISS, de allí que se siga mantener la decisión que en tal sentido tomó el A quo, pero por las razones aquí anotadas.

**8. Indexación.** Ante la improcedencia de la indemnización moratoria habrá lugar al pago de la indexación de las sumas por concepto de reliquidación de cesantía e indemnización por despido sin justa causa convencional, teniendo como IPC inicial el 1 de abril del 2015 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

**9. Aportes al subsistema de seguridad social en pensión.** En el libelo introductor se pretendió específicamente por el demandante que se condene a la convocada a juicio

que reconozca y pague los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión "durante el tiempo laborado como contratista, al sistema general de pensiones, para lo cual se ordene a COLPENSIONES, realizar el cálculo actuarial respectivo".

En lo relacionado con los aportes para pensión, los mismos resultan procedentes y son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

*"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad".*

Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en salud, tiene adoctrinado la Corte en sentencia SL1064-2018, que:

*"Frente a los aportes al sistema de salud, esta sala de la Corte ha establecido que su pago resulta obligatorio, así no se hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema (Ver CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL1457-2015, CSJ SL9373-2015, CSJ SL14385-2015, CSJ SL15439-2015)".*

Conforme lo anterior, dado que en el sub examine se declaró la existencia de una verdadera relación laboral entre el demandante y la enjuiciada entre el 22 de febrero de 1991 al 22 de abril de 1997, indefectiblemente le compete a la demandada en calidad de empleador asumir el pago integral de los aportes al sistema general de pensiones y salud, tal como quedó sustentado en el criterio jurisprudencial atrás vertido, aunado a que de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 debe responder por la totalidad de aportes, incluido el porcentaje que le hubiere correspondido al trabajador.

Así las cosas, se condenará a la demandada a pagar, previo cálculo actuarial y liquidación que realicen el fondo de pensiones y la EPS a las que se encuentre afiliada la demandante, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión y salud dentro del periodo comprendido entre el 22 de febrero de 1991 al 22 de abril de 1997, con el siguiente IBC:

<b>Cargo</b>	<b>Fecha Inicial</b>	<b>Fecha Final</b>	<b>IBC</b>
Aux. Serv. Administrativos	22/02/1991	29/02/1992	\$ 117.450,00
Aux. Serv. Administrativos	4/03/1992	31/12/1992	\$ 140.838,00
Aux. Serv. Administrativos	29/12/1992	28/02/1993	\$ 81.510,00
Aux. Serv. Administrativos	9/03/1993	3/09/1993	\$ 173.689,00
Aux. Serv. Administrativos	10/09/1993	9/03/1994	\$ 220.000,00
Aux. Serv. Administrativos	10/03/1994	9/09/1994	\$ 266.200,00
Aux. Serv. Administrativos	12/09/1994	27/12/1994	\$ 266.200,00
Técnico Serv. Admitivos	28/12/1994	27/06/1995	\$ 338.800,00
Técnico Serv. Admitivos	30/06/1995	29/12/1995	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	30/12/1995	23/01/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	24/01/1996	9/04/1996	\$ 400.000,00

Técnico Serv. Admitivos	10/04/1996	9/06/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	21/06/1996	20/10/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	25/10/1996	29/02/1997	\$ 474.000,00
Técnico Serv. Admitivos	3/03/1997	22/04/1997	\$ 579.000,00

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión y salud, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

*"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).*

*Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.*

(...)

*En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.*

*De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.*

*Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera".*

**10. Costas.** En esta instancia sin costas, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, 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: REVOCAR** parcialmente el numeral 2º de la sentencia proferida el 6 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** que entre **GUILLERMO LEÓN VALENCIA CARDONA** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** existió cuatro contratos de trabajo realidad, así: desde el 4 de abril de 1986 al 16 de mayo de 1989, del 31 de julio de 1989 al 30 de enero de 1990, del 14 de marzo al 31 de diciembre de 1990 y del 22 de enero de 1991 al 31 de marzo de 2015.

**SEGUNDO: MODIFICAR** los literales “a” y “c” del numeral 1° de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar **CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS – PAR ISS– SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA FIDUAGRARIA S.A.**, a reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$12.394.621,24**, por concepto de reliquidación del auxilio de cesantía.
- b) **\$2.165.092**, por concepto de reliquidación de indemnización por despido sin justa causa convencional.

Sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 1 de abril de 2015 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

**TERCERO: REVOCAR** el literal b del ordinal 1° de la sentencia consultada, en cuanto condenó al pago de intereses a las cesantías, en su lugar, absolver a la demandada de esta pretensión.

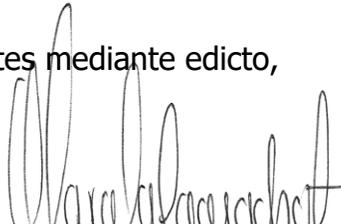
**CUARTO: ADICIONAR** la sentencia apelada y **CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS – PAR ISS– SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA FIDUAGRARIA S.A.**, a que cancele, previo cálculo actuarial y liquidación que realicen el fondo de pensiones y la EPS a las que se encuentre afiliada la demandante, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión y salud dentro del periodo comprendido entre el 22 de febrero de 1991 al 22 de abril de 1997, con el siguiente IBC:

Cargo	Fecha Inicial	Fecha Final	IBC
Aux. Serv. Administrativos	22/02/1991	29/02/1992	\$ 117.450,00
Aux. Serv. Administrativos	4/03/1992	31/12/1992	\$ 140.838,00
Aux. Serv. Administrativos	29/12/1992	28/02/1993	\$ 81.510,00
Aux. Serv. Administrativos	9/03/1993	3/09/1993	\$ 173.689,00
Aux. Serv. Administrativos	10/09/1993	9/03/1994	\$ 220.000,00
Aux. Serv. Administrativos	10/03/1994	9/09/1994	\$ 266.200,00
Aux. Serv. Administrativos	12/09/1994	27/12/1994	\$ 266.200,00
Técnico Serv. Admitivos	28/12/1994	27/06/1995	\$ 338.800,00
Técnico Serv. Admitivos	30/06/1995	29/12/1995	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	30/12/1995	23/01/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	24/01/1996	9/04/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	10/04/1996	9/06/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	21/06/1996	20/10/1996	\$ 400.000,00
Técnico Serv. Admitivos	25/10/1996	29/02/1997	\$ 474.000,00
Técnico Serv. Admitivos	3/03/1997	22/04/1997	\$ 579.000,00

**QUINTO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ALBA NURY MARÍN CASTAÑEDA  
**Demandada:** UGPP  
**Radicado No.:** 39-2019-00652-01  
**Tema:** PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN Y CONSULTA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Alba Nury Marín Castañeda instauró demanda ordinaria contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, con el propósito de que se declare que en calidad de cónyuge supérstite le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante Gilberto Moreno Hidalgo y, en consecuencia, solicitó se disponga a su favor su pago, junto con el retroactivo pensional causado desde el 30 de agosto de 2014, intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con Gilberto Moreno Hidalgo, contrajo matrimonio católico el 02 de septiembre de 1978, procreando producto de esa unión 3 hijos que ahora son mayores de edad. Sostuvo que residieron en la ciudad de Bogotá y por motivos de salud se trasladaron a Restrepo – Valle el 22 de junio de 2014; que mediante Resolución No 7293 del 14 de mayo de 1992 la Empresa Puertos de Colombia, le reconoció la pensión de jubilación al señor Gilberto Moreno Hidalgo; que actualmente se encuentra haciendo uso de los servicios médicos como beneficiaria del en calidad de esposa de Gilberto Moreno Hidalgo; que Gilberto Moreno Hidalgo falleció el 30 de agosto de 2014 y fue ella quien sufragó las exequias de su esposo; que el 08 de septiembre de 2014 presentó la solicitud pensional ante la UGPP, al igual que lo hizo la señora Berenice Montaña Sandoval y Jhon Cecilio Moreno, este último en calidad de hijo inválido; que mediante Resolución RDP006512 del 17 de febrero de 2015 le concedió la sustitución pensional a Jhon Cecilio Moreno en un 100% y negó el reconocimiento a la demandante en calidad de cónyuge; que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resuelto el de reposición a través de Resolución RDP012661 del 31 de marzo de 2015, modificando la Resolución RDP006512 del 17 de febrero de 2015, dejando en suspenso el 50% de la pensión y concediendo el restante 50% a Jhon Cecilio Moreno; que mediante Resolución RDP012949 del 31 de marzo de 2015 se manifestó que la señora Berenice Montaña Sandoval no hace parte como sujeto del trámite administrativo, permitiéndole interponer el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución RDP006512 del 17 de febrero de 1995; que la UGPP mediante Resolución RDP023710 del 11 de junio de 2015, modificó la Resolución RDP012661 del 31 de marzo de 2015, concediendo el 50 % de la pensión a Jhon Cecilio Moreno, dejando en suspenso el restante 50%; que Jhon Cecilio Moreno falleció el 05 de mayo de 2016; que la UGPP mediante Resolución RDP039842 del 22 de octubre de 2016 resuelve el recurso de

apelación confirmando en todas y cada una de las partes la Resolución RDP012949 del 31 de marzo de 2015; que obran declaraciones extra juicio de María Edilma Herrera de Rivera y Carlos Arturo Herrera Muñoz, a quienes les consta que al momento del fallecimiento del causante Gilberto Moreno Hidalgo, convivía con la demandante compartiendo mesa, cama y lecho, así como también que la convivencia y dependencia fue de manera ininterrumpida. (Expediente electrónico, PDF 01- Folios. 2 a 12)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Fol. 2 a 3 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda.**

**3.1. UGPP.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que de las declaraciones juramentadas efectuadas por la actora y la señora Berenice Montaña Sandoval, así como las declaraciones extra juicio hechas por terceras personas, es evidente que existe controversia entre las solicitantes respecto a la convivencia de ellas con el causante para el momento del fallecimiento. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1°, 3°, 6°, 8°, 12 a 18, y 20 a 22, relacionados con la existencia del vínculo matrimonial de la actora con el causante; la procreación de hijos; fecha de fallecimiento y condición de pensionado del señor Luis Argemiro Doncel Moncada; reclamación administrativa y negativa en el reconocimiento pensional. Respecto de los demás los negó o no le constó. Formuló las excepciones de fondo que denominó falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales. (Expediente electrónico, PDF Contestación demanda archivo No 02)

**3.2. Berenice Montaña Sandoval.** En auto del 18 de diciembre de 2019, se dispuso su integración al proceso; sin embargo, se allegó registro civil de defunción (Fol. 3 archivo 02), en la que da cuenta que aquella falleció el 03 de junio de 2020.

**3.3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 17 de agosto del 2022, en la que la falladora condenó a la UGPP a reconocer y pagar la sustitución pensional a ALBA NURY MARÍN CASTAÑEDA, a partir del 01 de octubre de 2016 (teniendo en cuenta el fenómeno de prescripción), en cuantía inicial de \$2.804.855, que equivale al 100% de la mesada que venía percibiendo el causante GILBERTO MORENO HIDALGO; condenó a pagar como retroactivo la suma de \$262.290.871,31 por las mesadas causadas entre el 01 de octubre de 2016 al 30 de julio de 2022, valor que indexado corresponde a \$291.018.414,08; negó el reconocimiento de intereses moratorios; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, y se abstuvo de imponer costas.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, señaló en primer lugar que no es objeto de controversia por las partes la condición de pensionado del señor Gilberto Moreno Hidalgo. Sentado lo anterior, dijo que con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, la norma aplicable al reconocimiento de una eventual pensión de sobrevivientes, es aquella que está vigente al momento del fallecimiento del causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a que aquel feneció el 30 de agosto de 2014.

Así, citó la preceptiva, para destacar que en caso de que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, la cónyuge como ocurre en el presente caso, debe acreditar la convivencia de cinco años con anterioridad a la muerte del señor Gilberto

Moreno Hidalgo en cualquier tiempo, siempre y cuando el vínculo matrimonial este vigente.

Bajo ese horizonte, se adentró al análisis del acervo probatorio, para significar que la demandante cumple con el requisito de convivencia durante cinco años en cualquier tiempo, ya que demostró que contrajeron matrimonio el 2 de septiembre de 1978, y que tuvieron tres hijos, además, que en la documental rotulada como encuesta de censo nacional de pensionados y beneficiarios suscrita por el causante el 12 agosto de 1994, se registró como beneficiarios a la aquí demandante. Así mismo, los testigos fueron similares al manifestar que siempre vivieron juntos, siendo incluso la demandante quien socorrió al causante en sus últimos momentos de vida.

Ahora sobre la controversia existente entre Alba Nury Marín Castañeda y Berenice Montaña Sandoval, señaló que fue allegado el registro civil de defunción de esta última con fecha de fallecimiento el 3 de junio del 2020, sin que se hubiese hecho parte dentro del proceso y, pese a que obran documentales en las que el señor Gilberto Moreno Hidalgo manifestó haber tenido vida marital con ella, lo cierto es que no existe documental alguna que dé cuenta de su comienzo y sí fue durante los últimos cinco años de ocurrido el deceso de Gilberto Moreno Hidalgo, al contrario, manifestó que eran solicitudes suscritas por él en aras de eliminar los beneficios médicos y pensionales a la señora Berenice toda vez que adujo ya no convivir con ella y en todo caso, el hecho de su fallecimiento hace acreedora a la demandante Alba Nury Marín Castañeda de la pensión como única beneficiaria.

Así las cosas, consideró que el reconocimiento pensional es del 50% a partir de 1 de septiembre de 2014, pero la misma se acrecienta en un 100% a partir del 16 de mayo del 2016, fecha en la que falleció John Cecilio Moreno Montaña, quien venía percibiendo el 50% de la sustitución pensional en calidad de hijo mayor en estado de invalidez.

Frente a la excepción de prescripción, dijo que la obligación se hizo exigible el 1 de septiembre de 2014, y la demanda se radicó el 1 de octubre del 2019, esto es después de término trienal, por lo que operó la prescripción sobre las mesadas exigibles con anterioridad al 1 de octubre del 2016.

Negó los intereses moratorios por controversia entre beneficiarias y por ello, ordenó el pago indexado de las sumas que se adeudan por concepto de mesadas pensionales. Finalmente se abstuvo de imponer costas. (Fol. 1 a 5 archivo No 02 con audiencia virtual).

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue interpuesto por la UGPP, quien manifestó que, si bien es cierto existe registro de defunción de la señora Berenice Montaña Sandoval, lo cierto es que existió un conflicto de compañera y cónyuge, por lo que se debe estudiar realmente a quien le asiste el derecho; que existen documentos en los cuales se concluye que convivió con el causante hasta el día del fallecimiento de manera simultánea; que al presentarse controversia y simultaneidad en los tiempos convividos con el causante, se debe estudiar a quien le asiste el derecho de la sustitución pensional.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 UGPP.** En la oportunidad legal solicita que se revoque la decisión de instancia al no acreditar la demandante los presupuestos exigidos para la pensión de sobrevivientes.

**6.2 DEMANDANTE.** Presenta alegatos pidiendo que se confirme la decisión en cuanto al reconocimiento pensional, pero que se tenga en cuenta la excepción de prescripción, precisando que la solicitud de hizo dentro de los términos legales, y por ello, le

corresponde la pensión en un 50% desde el 31 de agosto de 2014 al 05 de mayo de 2016, y de allí en adelante le corresponde en un 100%.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la UGPP se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de la citada entidad en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la misma codificación.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿Alba Nury Marín Castañeda, en calidad de cónyuge superviviente del causante Gilberto Moreno Hidalgo, reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte de la UGPP?

**3. Fallecimiento.** Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Gilberto Moreno Hidalgo, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 04309976, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 30 de agosto de 2014. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria, pág. 27)

**4. Normatividad aplicable.** Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 30 de agosto de 2014. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

**5. Calidad de pensionado del cujus.** No se discute que Gilberto Moreno Hidalgo fue pensionado por la extinta Empresa Puertos de Colombia, por medio de la Resolución 007293 del 14 de mayo de 1992, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo visible a folios 14 y 15 del expediente administrativo.

**6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente.** El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

**7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes.** Acreditado como está, que el fallecido dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, que señala que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años. Indica además la norma, que en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, siendo del caso precisar que la cónyuge superviviente debe acreditar dicha exigencia en cualquier tiempo.

**8. Tiempo de convivencia.** Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo ese contexto, se procede a revisar si la cónyuge o compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

## **9. Derecho reclamado por la señora Alba Nury Marín Castañeda**

**9.1. Edad.** Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que nació el 03 de noviembre de 1953, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria, pág. 20), luego para la muerte del señor Gilberto Moreno Hidalgo contaba con 61 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

**9.2. Calidad de cónyuge supérstite.** Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Alba Nury Marín Castañeda contrajo matrimonio con el señor Gilberto Moreno Hidalgo el 02 de septiembre de 1978 (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria, pág. 17), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado.

**9.3. Prueba de la convivencia de la cónyuge.** Este requisito constituye en punto central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Alba Nury Marín Castañeda, en calidad de cónyuge a reclamar la pensión de sobrevivientes ante la UGPP, dicha entidad mediante resolución RDP006512 del 17 de febrero de 2015 (Fols. 95 a 100) le negó la prestación esgrimiendo que *"del expediente administrativo obra designación en vida por parte del causante a favor de la señora Montaña Sandoval Berenice CC 31.373.992 en calidad de compañera permanente y en virtud de ello no es posible establecer con exactitud el tiempo exacto de la convivencia de la solicitante y el causante"*.

Respecto de este tema, es preciso connotar lo referido entre otras sentencias la SL997-2022, allí se sostuvo: *"...el cónyuge con vínculo marital vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido con el pensionado fallecido por lo menos 5 años en cualquier época, sin necesidad de acreditar que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua», aspectos no contemplados en el precepto jurídico objeto de interpretación"*.

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 02 de septiembre de 1978, cuando contrajeron matrimonio y se mantuvo hasta el óbito del señor Moreno Hidalgo (30/09/2014), y para ello trae al cartulario la testifical de Jaime Antonio Castrillón Parra, y María Edilma Herrera; a su vez, la entidad encartada insiste en que no se logra demostrar la convivencia y además que existió convivencia simultánea con Berenice Montaña Sandoval.

Jaime Antonio Castrillón Parra quien es cuñado de la demandante, dio cuenta que de que conoció a la demandante hace 39 años, que eran casados y "estaban viviendo en Buenaventura", luego se trasladaron a Bogotá hace "unos 30 años, por lo menos", pero que regresaron a Restrepo- Valle aproximadamente dos meses antes de fallecer el señor Gilberto Moreno Hidalgo, ya que "el clima le estaba molestando en Bogotá y la respiración"; manifestó que la pareja vivía en Suba "como más de 10 años", y le consta en la medida en que visitaban a la pareja "muy seguido, cada ocho días, por lo que vivíamos muy cerca, yo vivía prácticamente a 10 cuadras"; dijo que estuvo en el velorio de Gilberto Moreno Hidalgo, que la pareja nunca se separó, y refirió que no conoce a la señora Berenice Montaña Sandoval.

María Edilma Herrera, expresó que fue muy allegada a la pareja, ya que es la tía de los dos nietos que tiene la demandante; que conoció a Gilberto Moreno cuando se lo presentaron como suegro de su hermano, sin recordar la época, pero que fue hace muchos años, cuando los niños estaban pequeñitos; manifestó que la pareja vivían en Bogotá, pero que regresaron a Restrepo- Valle y a los cuatro meses falleció el señor Gilberto Moreno; que presenció el día en que falleció Gilberto Moreno, siendo asistido inicialmente por doña Alba, quien llamó para que lo auxiliaran, pero que "en los brazos de mi yerno fue prácticamente que él murió"; manifestó que la pareja no se separó en ningún momento, "porque ellos siempre estaban juntos".

Igualmente, obra una acta de declaración juramentada (Fol. 39) de Gilberto Moreno Hidalgo y Alba Nury Marín Castañeda, quienes el 05 de marzo de 2011 declararon ante la Notaria 59 del Círculo de Bogotá que *"convivimos casados y bajo el mismo techo desde hace 31 años (s) y que yo Alba Nury Marín Castañeda dependo económicamente de mi cónyuge Gilberto Moreno Hidalgo"*.

Asimismo, se trajo al diligenciamiento declaración extra juicio (Fol. 44) de Carlos Arturo Herrera Muñoz, quien declaró que *"conozco a la señora Alba Nury Marín Castañeda, (...), desde hace 42 años, de los cuales soy testigo de su convivencia con su esposo GILBERTO MORENO HIDALGO, quien en vida se identificó con la cedula (...), de dicha unión procrearon tres hijos llamados (...). Igualmente, manifiesto que doña Alba Nury Marín Castañeda, se desempeñaba como ama de casa, y dependía económicamente de su esposo, quien a través de su seguro le proporcionaba los servicios médicos a su familia"*

Así las cosas, el primer aspecto a dilucidar es que los documentos que contienen las declaraciones extraprocesales, se asimilan al testimonio (SL4167-2020 y SL1669-2021) y así deben valorarse; tiene dicho la Corte que no requieren ratificación salvo que la parte contraria lo solicite (SL9160-2017), y que en el evento de solicitar la ratificación le corresponde a la parte interesada, hacer lo posible para lograrla, lo que no aconteció en la causa que aquí se estudia, ya que la UGPP no solicitó la ratificación del declarante Carlos Arturo Herrera Muñoz.

Analizada en conjunto la prueba testimonial recabada en el proceso, no se aprecia por parte de la Sala que resulte contradictoria o fuera de contexto, al contrario, guarda plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, esto es, que no se presentó interrupción o separación de la pareja, por lo menos durante los 10 años

anteriores al fallecimiento, como lo expuso el testigo Jaime Antonio Castrillón Parra, quien frecuentemente los visitaba en la casa en Suba, de hecho manifestó que "estuvimos viviendo en Bogotá cuatro meses con ellos", lo que denota que fue muy cercano a la pareja, ya que además, asistió a las honras fúnebres del señor Gilberto Moreno; ahora, aunque la testigo María Edilma Herrera no expresó fechas respecto de la convivencia, dio cuenta que en los últimos días en vida del señor Gilberto Moreno, estuvo acompañado de su esposa, aquí demandante, lo que connota y reafirma que quien convivió con el señor Gilberto Moreno fue su cónyuge y no la señora Berenice Montaña Sandoval con quien la UGPP aduce se presentó convivencia simultánea.

Considera la Sala que la testimonial conduce a reconocer mérito de convicción, por ser congruente con las aserciones de la misma demandante y porque su conocimiento es producto de la relación cercana con la pareja, siendo claro para esta Colegiatura que tal relación de cercanía, implica que el análisis de sus declaraciones en el proceso se haga con mayor rigor, en términos del artículo 211 del CGP que enseña: "*El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso*" teniendo en cuenta las "*circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*", y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, presupuestos que no se avizora que la falladora de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorada la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión del cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandada enervar la solidez, contundencia y espontaneidad en punto a la convivencia configurada con el dicho de los testigos traídos al diligenciamiento.

Ahora, en el expediente administrativo existe prueba documental que da cuenta que la actora siempre fue referida como la esposa del causante, como en el "censo nacional de pensionados y beneficiarios" de fecha 12 de agosto de 1994 (Fol. 34 expediente administrativo), en la que aparece la actora como beneficiaria en calidad de cónyuge.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se logra acreditar que Alba Nury Marín Castañeda convivió en calidad de cónyuge con el de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso y en cualquier tiempo (30/08/2014).

Sentado lo anterior, la Sala se pronunciará respecto del punto de disenso propuesto por la UGPP con respecto a Berenice Montaña Sandoval en calidad de compañera permanente, precisando que aquella falleció el 03 de junio de 2020 (Fol. 3 archivo No 02), es decir, ni siquiera se alcanzó a vincular al proceso, y por ende, en punto a la convivencia simultánea alegada no existen medios probatorios que puedan llegar a definir su existencia, máxime si se tiene en cuenta que en el expediente administrativo obra una documental datada el 10 de agosto de 2010 (Fols. 452), en la que el mismo causante solicitó al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, "la anulación del documento Traspaso de Pensión, en la cual aparece como mi beneficiaria de la pensión de jubilación del suscrito, la Señora BERENICE MONTAÑO SANDOVAL", "con quien hace cuatro (4) meses no hago vida marital". Ahora si en gracia de discusión, fuera relevante ésta última manifestación para desatar la controversia, no puede pasarse por alto que en tratándose de convivencia simultánea le corresponde a la compañera permanente acreditarla por un lapso de cinco (5) años anteriores al deceso (30 de agosto de 2014), sin embargo, las probanzas dan fe que la eventual convivencia que pudo haber existido entre BERENICE MONTAÑO SANDOVAL y el causante se rompió a inicios del año 2010, con lo cual, no podría configurarse derecho a sustituir la pensión a favor de la compañera permanente, y tal

situación en nada cambia el derecho declarado a favor de ALBA NURY MARÍN CASTAÑEDA como cónyuge supérstite.

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes a la señora **ALBA NURY MARÍN CASTAÑEDA** como cónyuge supérstite, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en principio en un 50 % a partir del 30 de agosto de 2014, ya que el otro 50 % de la mesada pensional venía siendo reconocida a John Cecilio Moreno Montaña, pero como aquel falleció el 05 de mayo de 2016 (Fols. 38 archivo No 01), le correspondería a la actora el 100% de la prestación a partir del 06 de mayo de 2016; empero, como se propuso la excepción de prescripción, la misma se entrará a analizar seguidamente.

**10. Prescripción.** En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que la obligación se hizo exigible a partir del 30 de agosto de 2014, la reclamación administrativa se presentó el 08 de septiembre de 2014, que fue resuelta a través de Resolución RDP006512 del 17 de febrero de 2015 (Fol. 95 a 100 archivo No 01), sobre la cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, último este que fue resuelto a través de Resolución RDP039842 del 22 de octubre de 2016 (Fols. 134 a 138 archivo No 01), a partir de allí debía accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, el cual se hizo el 01 de octubre de 2019 (Fol. 1 archivo No 04), es decir, no corrieron más de los 3 años entre la resolución que resolvió el recurso de apelación y la presentación de la demanda, por lo que hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo; sin embargo, como la a quo determinó que estaban prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 01 de octubre de 2016, esto es, 3 años anteriores a la presentación de la demanda, y tal punto no fue objeto de reproche por la parte activa en el recurso de alzada, ninguna modificación se hará al respecto, además porque la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$274.630.584**, correspondiente a las mesadas causadas entre 01 de octubre de 2016 y el 30 de noviembre de 2022, y a partir del 1º de diciembre de 2022 la UGPP deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a \$3.524.936, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión sustituida se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
1988	27,00%			\$ 0
1989	26,00%	\$ 0		\$ 0
1990	26,10%	\$ 0		\$ 0
1991	26,10%	\$ 243.796		\$ 0
1992	25,00%	\$ 307.427		\$ 0
1993	22,60%	\$ 384.283		\$ 0
1994	22,59%	\$ 471.131		\$ 0
1995	19,46%	\$ 577.560		\$ 0
1996	21,63%	\$ 689.953		\$ 0
1997	17,68%	\$ 839.190		\$ 0
1998	16,70%	\$ 987.559		\$ 0
1999	9,23%	\$ 1.152.481		\$ 0
2000	8,75%	\$ 1.258.855		\$ 0

2001	7,65%	\$ 1.369.005		\$ 0
2002	6,99%	\$ 1.473.734		\$ 0
2003	6,49%	\$ 1.576.748		\$ 0
2004	5,50%	\$ 1.679.079		\$ 0
2005	4,85%	\$ 1.771.428		\$ 0
2006	4,48%	\$ 1.857.342		\$ 0
2007	5,69%	\$ 1.940.551		\$ 0
2008	7,67%	\$ 2.050.969		\$ 0
2009	2,00%	\$ 2.208.278		\$ 0
2010	3,17%	\$ 2.252.444		\$ 0
2011	3,73%	\$ 2.323.846		\$ 0
2012	2,44%	\$ 2.410.526		\$ 0
2013	1,94%	\$ 2.469.342		\$ 0
2014	3,66%	\$ 2.517.248		\$ 0
2015	6,77%	\$ 2.609.379		\$ 0
2016	5,75%	\$ 2.786.034	4	\$ 11.144.135
2017	4,09%	\$ 2.946.231	14	\$ 41.247.230
2018	3,18%	\$ 3.066.732	14	\$ 42.934.242
2019	3,80%	\$ 3.164.254	14	\$ 44.299.551
2020	1,61%	\$ 3.284.495	14	\$ 45.982.934
2021	5,62%	\$ 3.337.376	14	\$ 46.723.259
2022		\$ 3.524.936	12	\$ 42.299.234
<b>TOTAL</b>				<b>\$ 274.630.584</b>

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

**11. Indexación.** Se impartirá confirmación a la condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

*"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral"*.

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexado a partir de la causación de cada mesada pensional y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la a quo, indexación que es procedente ordenar un monto concreto cuando se proceda a realizar el pago del capital adeudado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional e indexación, impartiendo confirmación de la sentencia en lo demás.

**12. Costas.** Costas en esta instancia a cargo de la UGPP y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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** y **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedarán de la siguiente forma:

**"PRIMERO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a reconocer y pagar a la señora ALBA NURY MARÍN CASTAÑEDA, la pensión de sobrevivientes, a partir del 01 de octubre de 2016 (teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción), en su condición de cónyuge, en cuantía inicial de \$2.786.034, que equivale al 100% de la mesada que venía recibiendo el causante GILBERTO MORENO HIDALGO"

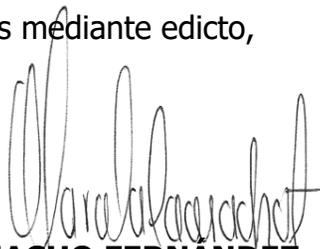
**SEGUNDO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a pagar a la señora ALBA NURY MARÍN CASTAÑEDA, el retroactivo pensional causado desde el 01 de octubre de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2022, la suma de **\$274.630.584**. A partir del 1º de diciembre de 2022, la UGPP, deberá pagar a la demandante, la mesada pensional equivalente a \$3.524.936, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre. Se autoriza a la UGPP a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud".

**Parágrafo:** La UGPP deberá reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la UGPP y a favor de la demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

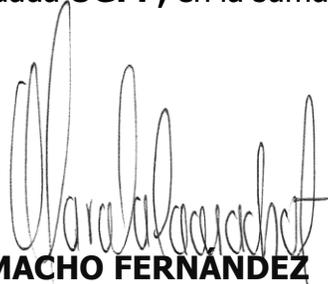


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **ALBA NURY MARÍN CASTAÑEDA** y a cargo de la demandada **UGPP**, en la suma de un SMLMV, esto es, \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** GILBERTO CONEO LAVERDE  
**Demandado:** PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL  
INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL LIQUIDADO – PAR ISS -,  
SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA FIDUAGRARIA  
S.A.  
**Radicado No.:** 15-2021-00211-01  
**Tema:** RETROACTIVIDAD DE LAS CESANTIAS – APELACIÓN

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Gilberto Coneo Laverde instauró demanda ordinaria contra Fiduagraria S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, con el propósito de que sea condenada a reliquidar y pagar las cesantías definitivas de manera retroactiva a partir del 01 de enero de 2002; los intereses a las cesantías; la indexación, lo ultra y extra petita y las costas procesales. De manera subsidiaria solicita la reliquidación y pago de las cesantías e intereses a las cesantías retroactivas causadas desde el 1 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2015.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró al servicio del ISS, mediante un contrato de trabajo que se extendió entre el 11 de junio de 1997 al 31 de marzo de 2015, desempeñando el cargo de auxiliar de servicios administrativos, relación laboral que finalizó como consecuencia de la liquidación de la entidad. Informó que de acuerdo con la liquidación definitiva de prestaciones sociales el salario base de cesantías fue de \$1.878.794. Indicó que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita en el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, la cual se prorrogó de manera automática a partir del 31 de octubre de 2004, y se encontraba vigente para la data en que finiquitó el laborío.

Aludió a que desde su ingreso suscribió un régimen especial de cesantías retroactivas y nunca renunció a ese régimen; que en el artículo 62 de la Convención Colectiva se pactó la congelación temporal de la liquidación retroactiva de las cesantías por 10 años comprendido entre el 01 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011, ordenándose durante ese lapso la liquidación de las cesantías sobre el salario promedio de los años congelados sin efectuar el cálculo retroactivo por los años de servicios prestados; que el 27 de marzo de 2018 realizó la reclamación de las cesantías retroactivas junto con sus intereses, pero le fue atendida de manera desfavorable; que al seguir laborando después del 1 de enero de 2012 y hasta el 31 de marzo de 2015, por vencimiento del término de la cláusula convencional tiene derecho a que se le pague con retroactividad el derecho a las cesantías. (Expediente digital, Archivo No 01 Escrito demanda).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (Folio. 1 a 2 archivo No 29); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

### **3. Contestación de la demanda.**

**3.1 Fiduagraria S.A..** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no fue empleadora del aquí demandante y por lo tanto se desvirtúan las condenas de reajuste de las cesantías e intereses a las cesantías, ya que en ningún momento la fiduciaria responde por los actos y relaciones que la parte actora hubiere tenido con la extinta entidad, además que de acuerdo al texto convencional sobre la congelación de las cesantías, no contraviene el ordenamiento legal ni supone el desconocimiento de derechos adquiridos, ello en la medida en que lo que ingresa en el patrimonio del trabajador es el derecho a las cesantías independientemente del régimen de liquidación al cual se encuentre adscrito. Formuló como excepciones de fondo, las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, y la innominada. (Expediente digital- Folios 1 a 10 archivo No 9).

**3.2 Ministerio de Salud y Protección Social..** Contestó la demanda con oposición a las pretensiones, sosteniendo que no existe competencia del ministerio para revisar lo pretendido y por ende existe imposibilidad jurídica para ser condenada. Como excepciones de fondo rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la solidaridad entre el ISS y el Ministerio, y la innominada. (Expediente digital- Folios 1 a 20 archivo No 26).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 29 de junio de 2022, en la que el fallador absolvió a Fiduagraria S.A. y al Ministerio de Salud y Protección Social, de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante, declarando demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, gravándolo en costas al demandante.

Para arribar a tal decisión empezó por señalar que no existía controversia respecto a que el actor prestó sus servicios al extinto ISS, en calidad de trabajador oficial desde el 11 de julio de 1997 al 31 de marzo de 2015, siendo el motivo de discusión la modalidad en que se liquidaron las cesantías.

Consideró el a quo que no le asistía razón al demandante, dado que lo convenido en el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo surgió de la negociación colectiva, sin que se pueda establecer el desconocimiento de derechos adquiridos, es decir, lo que se pactó son derechos extralegales, máxime si se tiene en cuenta la sentencia C-428 de 1997, el cual permite la posibilidad de que se cambie el régimen de liquidación de las cesantías siempre que mediara aprobación del trabajador, siendo que en el caso concreto se configura tal aprobación a través de la negociación colectiva. En ese sentido, concluyó que la cláusula convencional que congeló el régimen de liquidación retroactiva de las cesantías por 10 años no puede desconocerse.

Ahora, frente a la pretensión subsidiaria relativa a la liquidación retroactiva de las cesantías después del año 2012 hasta el 31 de marzo de 2015, se encuentra en el expediente que una vez se venció el término de los 10 años de congelación de las cesantías, las mismas fueron reconocidas de manera retroactiva por los años 2012 al 2015.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación la parte demandante arguyendo que el actor suscribió un régimen especial de cesantías retroactivas y nunca renunció a ello, ni le manifestó a su empleador la intención de cambiar de dicho régimen; que el A quo da aplicación completa al artículo 62 de la Convención Colectiva, sin tener en cuenta que la congelación del pago de las cesantías por el término de 10 años es una violación a los derechos adquiridos y atenta contra el carácter irrenunciable de las prerrogativas mínimas de los trabajadores y además hubo una desmejora en sus condiciones laborales en la negociación colectiva; que el juez no tuvo en cuenta la sentencia SL2862 de 2021, en la que se cambió la tesis de la Corte Suprema de Justicia respecto de la cláusula 62 de la Convención Colectiva de trabajo. Concluyó diciendo que se evidencia claramente una aplicación errónea de la última interpretación de la Corte Suprema de Justicia.

**6. Alegatos de conclusión.** La parte demandante presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de instancia y se acceda al reconocimiento de las cesantías retroactivas, así como sus intereses.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por el recurrente.

**2. Problema Jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿El congelamiento de las cesantías dispuesto por la convención colectiva de trabajo del ISS y su liquidación anual es inaplicable al demandante, para luego verificar si hay lugar a reliquidar tal prestación del extrabajador y acceder al reconocimiento de los intereses a las cesantías?

**3. Supuestos fácticos probados.** Señalado lo anterior, es menester precisar que no existe duda alguna que entre el demandante y el ISS, existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 11 de junio de 1997 y finalizó el 31 de marzo de 2015. Del mismo modo no hay discusión respecto a que el cargo desempeñado por el actor fue el de auxiliar de servicios administrativo (Fol. 35 archivo No 01), ni fue objeto de controversia que aquel se benefició de la convención colectiva suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, misma que fue allegada con los requisitos establecidos en el artículo 469 del CST, para su debida valoración (Fols. 36 y 41 a 83 archivo No 01).

### **4. Reliquidación del auxilio de cesantía, sus intereses e indexación.**

**4.1. Régimen de cesantías retroactivas.** Atinente a la inconformidad que tiene la censura sobre la reliquidación de la cesantía que negó el A quo, es preciso señalar que el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 suscrita con el ISS determinó que a partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez años. Sin embargo, en sentencia SL1901-2021, reiterada en la SL2862-2021 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, fijó el alcance de dicha disposición extralegal, refiriendo para tal efecto que el congelamiento del auxilio y su liquidación anual es inaplicable ante la normatividad que impone la conservación del sistema de retroactividad en términos del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el 2 del Decreto 1252 de 2000, considerando que se trata de una prescripción legal que resulta irrenunciable y desconoce derechos mínimos de los trabajadores. En ese sentido, dijo:

*"No obstante, lo hasta aquí discurrido, una nueva reflexión de la Sala sobre el tópico objeto de esta decisión, hace oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva teoría frente a la aplicación del artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo.*

*Conforme el análisis normativo que antecede, es claro que los trabajadores que se encontraban gozando del régimen de cesantía retroactiva a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, artículo 13, podían de manera voluntaria cambiarse al nuevo régimen y, posteriormente, del Decreto 1252 de 2000, en su artículo 2 dispuso de manera expresa que los servidores públicos que se encontraban vinculados a 25 de mayo de 2000, conservaban el derecho a continuar con el sistema de cesantía retroactiva.*

*Ahora, desde otra perspectiva, se tiene que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales se encontraban sujetos en principio, a las reglas fijadas en la convención colectiva, pues no existe duda sobre el derecho que le asiste a sindicatos y empleadores para lograr acuerdos que regulen las condiciones de trabajo, «Al ser producto de la autonomía de la voluntad de empleadores-trabajadores y explicarse desde una filosofía contractualista, su campo de aplicación es más estrecho, pues se reduce a determinar las condiciones de empleo de sus suscriptores o de quienes por extensión les sea aplicable». (CSJ SL1240-2019).*

*Sin embargo, lo cierto es que para las personas que venían gozando de la cesantía retroactiva se presenta la disyuntiva de aplicar el artículo 62 de la Convención que establecía un sistema de liquidación anual, el cual desconoce las normas legales vigentes sobre liquidación de cesantía, situación que impone, la aplicación de la norma legal, la cual, sin duda, es la norma que debe prevalecer pues se trata de una disposición de carácter irrenunciable y que regula el mínimo de derechos de los trabajadores oficiales en materia de cesantías.*

*Es así como resulta válido señalar en respuesta al problema jurídico planteado que, en el caso concreto, la negociación colectiva no podía desconocer el mínimo de derechos de sus afiliados, así se dijo en el radicado 23776 de 28 de mayo de 2005, reiterada en sentencia CSJ SL 5108 –2020. Es así como no podía el sindicato pactar con el empleador la desmejora de las condiciones legales que, en este caso les permitía a sus beneficiarios mantener el carácter retroactivo de sus cesantías.*

*En esa línea de pensamiento, y para una mejor comprensión, se tiene que el debate surge en relación con un trabajador que venía gozando del régimen legal de cesantías retroactivas, al entrar en vigencia la Ley 344 de 1996 y decidió acogerse al nuevo régimen y, respecto de aquellos que a 25 de mayo de 2000, continuaba con la liquidación retroactiva de cesantías, la cual es modificada por la convención colectiva de trabajo, desconociendo prescripciones legales como las contempladas en dichas normas, que claramente establecen la garantía de conservar dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.*

*Vistas, así las cosas, la nueva tesis que esgrime la Sala es que el congelamiento de las cesantías dispuesto por la norma convencional y su liquidación anual es inaplicable ante la normativa que impone la conservación del sistema de*

liquidación retroactiva, contemplada en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 2 del Decreto 1252 de 2000, por la sencilla razón de que se trata de una prescripción legal que resulta irrenunciable y desconoce los derechos mínimos del trabajador. De esta forma, los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales que a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y/o a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantía retroactiva, no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo. (Subrayas de la Sala)”

De cara a dicho referente jurisprudencial, el A quo erró al haber dado plenos efectos al artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, sin tener en cuenta que para la fecha del proferimiento de la sentencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había variado su postura al respecto, definiendo que resultaba inaplicable tal disposición convencional al desconocer derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, en tanto que su sistema de liquidación de cesantías debe ser de manera retroactiva, pues aquel disfrutaba del sistema de liquidación retroactiva al 25 de mayo de 2000, de cara a la vigencia de la relación laboral hallada.

Así entonces, atendiendo a que la Sala encontró que el trabajador sostuvo un contrato de trabajo con el ISS desde el 11 de junio de 1997 al 31 de marzo de 2015, se procede a reliquidar el aludido rédito con el régimen de retroactividad de la siguiente forma:

<b>Auxilio de Cesantías</b>			
Auxilio de Cesantías	Salario	Días Liquidados	Valor cesantías
1997-2015	\$ 1.878.794	6410	\$ 33.452.970,94
Cesantías pagadas en liquidación final			\$ 11.139.513,00
Anticipos			\$ 16.450.087,00
Total a pagar			<b>\$ 5.863.370,24</b>

Como se observa, existió un total de anticipos de la prestación girados al trabajador durante la relación laboral, por la suma de \$16.450.087, mismos que se reflejan de la liquidación definitiva de prestaciones sociales que allegó la parte demandante, los cuales deben ser descontados, así como las sumas que fueron canceladas por la entidad por concepto de auxilio de cesantías, esto es, \$11.139.513, del valor total que le correspondía por ese emolumento. En consecuencia, se debe en línea de principio la suma de **\$5.863.370,24**, por concepto de reliquidación del auxilio de cesantía.

**4.2. Intereses a las cesantías.** Teniendo en cuenta que este concepto se encuentra soportado en el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo, no es viable imponer condena por concepto de intereses a las cesantías, pues tal y como se dijo en sentencia SL1994 de 2022:

*"Pese a que se reclamaron en la demanda, dicha prestación no es legal, sino que tiene origen en el mismo artículo 62 convencional. Dado lo anterior, en atención al principio de inescindibilidad que rige el escenario laboral, las disposiciones normativas deben aplicarse en su integridad y no mediante usos parciales, lo que ha sido reconocido por el precedente de esta Corporación mediante fallo SL2862-2021, donde trató justamente el tema de cesantías e intereses de cesantías derivados del artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo del ISS, y acotó,*

*No sobra recordar que el auxilio de cesantía percibía, según la convención colectiva de trabajo, unos intereses, que no es dable aplicar aquí, porque, como ya se explicó en sede casacional, se reconocerá únicamente lo que correspondería desde el punto de vista legal y no hay norma que habilite ese reconocimiento para trabajadores oficiales."*

**5. Excepción de prescripción.** En lo atinente a la excepción propuesta por la encartada, es dable memorar que las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En este punto es necesario precisar que, al haber tenido el actor la calidad de **trabajador oficial**, el término prescriptivo de las prestaciones sociales a la fecha del finiquito debe contabilizarse una vez vencidos los 90 días calendario que tiene la administración para el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones. (CSJ SL 3503-2019).

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en sentencia SL 981-2019, en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*, sin embargo, como se señaló precedentemente, en tratándose de trabajadores oficiales su exigibilidad se traslada a la fecha de **vencimiento de los 90 días** calendario que tiene la accionada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones.

En esas condiciones, como la relación laboral finalizó el **31 de marzo de 2015** y los **90 días** calendario con que contaba la pasiva para pagar la reliquidación del auxilio de cesantías e indemnización convencional y legal por terminación unilateral de la relación laboral vencieron el **30 de junio de 2015**, el actor tenía hasta el mismo día y mes del año **2018**, para efectuar reclamación administrativa tendiente a interrumpir la prescripción, misma que se surtió el **28 de marzo de 2018** (Fol. 20 archivo No 01), la cual fue respondida el **12 de abril de 2018** y notificada en la misma fecha (Fol. 20 archivo No 01), habilitando desde allí nuevamente el término de 3 años para iniciar la acción judicial, misma que fue radicada el **28 de abril del 2021**, es decir, por fuera de los tres (3) años, con lo que puede concluirse que operó la prescripción del derecho reclamado.

Ahora, si bien el actor hace alusión a una reclamación realizada ante el Ministerio de Salud y Protección Social, la misma no se tendrá en cuenta, ya que tal ente Ministerial remitió dicha solicitud por competencia a la Fiduagraria S.A. (Fol. 25) el 17 de abril de 2018, fecha para la cual ya el PAR ISS había resuelto la petición del 28 de marzo de 2018, debidamente notificada el 12 de abril de 2018, y por ende, como el término de prescripción solo podrá interrumpirse por una sola vez, debe concluirse que su interrupción aconteció con la reclamación del 28 de marzo de 2018, resuelta de manera desfavorable el 12 de abril de 2018, lo que dio lugar a que se habilite el término de prescripción desde la última calenda referida, pues al estar pendiente la respuesta a la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción (C-792 de 2006).

P.A.R.I.S.S. | INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN  
Nº. 830.053.630-9 015/2015

Salida No. 201804353

oté D.C., 11 de abril de 2018

RECEPCIÓN  
12 ABR. 2018  
EDIFICIO ANDES

RESPUESTA A LA SOLICITUD No. : 201804370  
Fecha de radicación de la solicitud: 28/03/2018

CORRESPONDENCIA  
12 ABR 2018  
Restrepo Fajardo  
Abogado S. Asociados

Asunto: DERECHO DE PETICION

Conforme a lo anteriormente dicho, la Sala **DECLARARÁ PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo arriba expuesto.

**10. Costas.** Sin costas por las resultas del proceso, pues si bien le asistió razón en la alzada referida a la cláusula convencional, lo cierto es que, le prosperó la excepción de prescripción a las demandadas, no generando condena alguna a su cargo. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, 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,

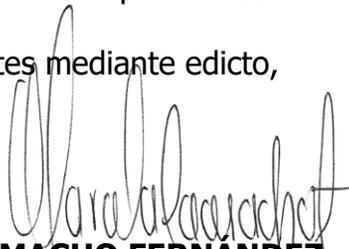
### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 1° de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

**"PRIMERO: ABSOLVER a FIDUAGRARIA S.A. como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS y LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL de las pretensiones incoadas por el demandante GILBERTO CONEO LAVERDE, y en estos términos DECLARAR probada la excepción de prescripción propuestas por las demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".**

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ÉDGAR ALFONSO BARRIOS RIVEROS  
**Demandada:** RHINOX COLOMBIA SAS Y OTRO  
**Radicado No.:** 110013105-034-2019-00335-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. CARLOS MAYA MORALES, identificado en legal forma, como apoderado de RHINOX COLOMBIA SAS, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** ÉDGAR ALFONSO BARRIOS RIVEROS, instauró demanda ordinaria contra RHINOX COLOMBIA SAS y RAÚL RINCÓN PLATA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de iniciación el 02 de enero de 2012 y finalización el 31 de diciembre 2018. En consecuencia, se condene al pago de cesantías y sus intereses, vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria por falta de pago de las prestaciones, sanción por terminación unilateral del contrato, al pago del salario del mes de diciembre de 2018, la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes existió un contrato verbal a término indefinido desde el 02 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018, ejerciendo como cargo el de gerente general y en estrategia de mercadeo y publicidad, cuyo jefe inmediato era Raúl Rincón Plata, quien además era el propietario de Rhinox Colombia SAS; que el salario pactado ascendía a \$8.000.000; que debía estar en disponibilidad permanente el tiempo necesario que requiriera la empresa, así como también desplazarse dentro y fuera del país, y debía organizar y asistir a reuniones con distintas organizaciones y empresas; que la prestación del servicio fue personal en el cargo asignado, sin embargo, los pagos del salario estaban condicionados al paso de una cuenta de cobro; que para el 31 de diciembre de 2018 presentó carta de despido indirecto dado los incumplimientos en pagos y aportes a la seguridad social integral; que la demandada le adeuda las cesantías, primas de junio y diciembre, intereses a las cesantías, vacaciones, el salario de \$8.000.000 del mes de diciembre de 2018, y la seguridad social; que ha presentado derechos de petición solicitando el pago de las acreencias laborales pero no ha recibido respuesta de fondo; que el empleador quiso disfrazar el contrato de trabajo con un

contrato de prestación de servicios, ello para ahorrarse las prestaciones y demás emolumentos a los que tiene derecho. (Pág. 21 a 29 archivo No 01).

**2. Contestación de demanda.** Al contestar la demanda, RHINOX COLOMBIA SAS y RAÚL RINCÓN PLATA, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que nunca ha existido un contrato de trabajo con el demandante, ya que lo que existió fueron contratos de prestación de servicios, el primero como gerente comercial y los demás con cada uno de los proyectos desarrollados; que no hay lugar al pago de salario y demás acreencias laborales, dado que se suscribió un contrato civil y comercial por el cual se le otorgaban honorarios. Como excepciones de mérito rotulo las de aplicación del principio de contrato realidad, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, ineptitud de la demanda, y la innominada o genérica. (Fols. 40 a 47 archivo No 01).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 28 de junio del 2022, en la que la falladora declaró que entre ÉDGAR ALFONSO BARRIOS RIVEROS y la demandada SOCIEDAD RHINOX COLOMBIA S.A.S., existió un contrato de trabajo vigente entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2018; declaró que el promedio del salario devengado correspondía a: \$566.700 para el 2012, \$589.500 para el 2013, \$616.000 para el 2014, \$644.350 para el 2015, \$3.799.000 para el 2016, \$4.339.000 para el 2017 y \$8.120.000 para el 2018; condenó a reconocer y pagar \$18.673.275,67 por concepto de cesantías, \$2.240.568,72 por intereses a las cesantías, \$18.673.275,67 por prima de servicios, \$9.336.487,91 por vacaciones, y \$120.290.733,33 por indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; condenó al pago de la indemnización moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo (\$270.666,67), desde el 31 de diciembre de 2018 hasta los primeros 24 meses, estimados en un valor de \$194.879.00, y a partir del mes 25 el valor de los intereses corrientes certificados por la Superintendencia Financiera para créditos de libre asignación hasta que se verifique el pago; declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió de las demandas pretensiones, y gravó en costas a la demandada. (Fol. 1 a 3 archivo No 09.1 y archivo No 9 audiencia virtual).

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume que toda relación de forma personal está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto se encontraba plenamente demostrado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es la prestación personal del servicio, ello debido a que es aceptado en la contestación de la demanda, solo que en su defensa aducen que fue una relación de carácter civil y no laboral, además obra certificación en la que se establece que el actor se desempeñó como gerente comercial desde el 02 de enero de 2012, pero mediante un contrato de prestación de servicios profesionales; igualmente, tal requisito se encuentra acreditado con el dicho del representante legal de la encartada y con la prueba testimonial, los cuales son coincidentes en manifestar que el actor prestó sus servicios como gerente comercial, siendo el punto central de la contienda el elemento de la subordinación, para lo cual adujo que la entidad demandada *"no asumió despliegue probatorio alguno que diera cuenta que las labores desarrolladas por el demandante se ejecutaron de manera independiente y autónoma"*, máxime si se tiene en cuenta que para el ejercicio de su labor como gerente comercial, *"todos y cada uno de los gastos del demandante eran auditados, eran controlados, se*

*le habían concedido el uso de recursos necesarios para cumplir sus labores y alcanzar sus objetivos, concretado en el suministro de un vehículo, incluso de una tarjeta de crédito, para asumir esos costos”.*

Manifestó que la labor de gerente comercial en el caso concreto no podría ser considerada como autónoma e independiente, pues ello se desvirtúa *“por la importancia y la naturaleza misma del cargo de un gerente comercial, como se anunció en precedencia pues estando encargado del desarrollo del objeto comercial de la sociedad demandada, su cargo tenía que estar precisamente supervisado y vigilado de manera permanente por el representante legal de la sociedad demandada y demandado en calidad de persona natural”.*

Así las cosas, concluyó que bajo el principio de la realidad se demuestra la existencia de una relación laboral cuyos extremos datan del 02 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018, procediendo a impartir condena de las siguientes acreencias laborales durante todo el lapso laboral, ello en virtud de que no se propuso la excepción de prescripción: \$566.700 para el 2012, \$589.500 para el 2013, \$616.000 para el 2014, \$644.350 para el 2015, \$3.799.000 para el 2016, \$4.339.000 para el 2017 y \$8.120.000 para el 2018; condenó a reconocer y pagar \$18.673.275,67 por concepto de cesantías, \$2.240.568,72 por intereses a las cesantías, \$18.673.275,67 por prima de servicios, y \$9.336.487,91 por vacaciones.

En lo que respecta a la terminación del contrato, adujo que no hay prueba que acredite el despido indirecto, absolviendo de tal pretensión.

Condenó al pago de \$120.290.733,33 por indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al no evidenciar el pago de las cesantías a un fondo de cesantías. Igualmente, condenó a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ante el desconocimiento de los derechos laborales del accionante, además que se edificó la defensa en la existencia de un contrato de prestación de servicios cuando de las pruebas se logra decantar la existencia de un contrato de trabajo.

Finalmente, en lo relacionado con la solidaridad del demandado Raúl Rincón Plata, quien es el representante legal de la encartada, precisó que de conformidad con la sentencia SL831 de 2013, la solidaridad del artículo 36 del CST no se extiende a las sociedades de capital, y en consecuencia, no puede predicarse la solidaridad del demandado en calidad de persona natural y representante legal de la demandada Rhinox SAS.

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación las siguientes partes procesales:

**4.1 Demandante:** Manifiesta que no está de acuerdo con haberse absuelto al demandado Raúl Rincón Plata, ya que debió habersele impuesto condena solidaria, ello en virtud de lo establecido en el artículo 48 y 53 de la Constitución Política, como quiera que son derechos inalienables que pueden ser desconocidos por la sociedad demandada, y por ello, para hacer efectiva la condena es procedente la condena solidaria del dueño de la empresa. Igualmente, aduce que el juez de instancia no condenó al pago de los aportes a la seguridad social, sobre todo los aportes en pensión, los cuales deben ordenarse su pago por parte del Tribunal, ya que su cumplimiento hace parte de una norma de orden público de obligatorio cumplimiento por parte del empleador.

**4.2 Rhinox S.A.S:** Manifiesto que, la decisión debe ser revocada en su totalidad y en su lugar se absuelva a la demandada, ya que si bien se estableció uno de los elementos del contrato de trabajo como lo es la prestación personal del servicio, no se encuentra acreditada la subordinación; que el despacho debía valorar con mayor detenimiento el dicho de dos testigos que fungían como familiares del excontratista demandante, ya que esa relación familiar desdibuja la objetividad del testigo; que si bien con la prueba testimonial se concluye que existía una oficina para el demandante y que tenía disponibilidad de ciertos elementos de la oficina, el mismo demandante como uno de sus testigos manifestó que incluso se presentaba como socio de la empresa, ni siquiera como contratista; que esta detallado todo lo que demandante solicitó a expensas del mismo contrato, sin que ello implique pago de salario en especie como lo pretende hacer ver el demandante; que la existencia del contrato de trabajo no se puede predicar con la presencia de un solo elemento como es la prestación del servicio, sino que debe demostrarse también la subordinación, la cual no se acredita, ya que el mismo demandante manifestó que hacía ciertas actividades a nombre propio; que durante el tiempo que prestó sus servicios no manifestó su desagrado o descontento, sino solo cuando finaliza su vinculación cae en cuenta de que tenía derechos a las prestaciones y acreencias propias de una relación laboral; que el salario tampoco estaba determinado y fue el despacho quien tuvo que determinarlo, al igual que la fecha de ingreso y terminación, lo que representa un actual de mala fe del demandante al pretender iniciar una acción laboral para el reconocimiento de una serie de elementos tras seis años de prestación de sus propios servicios y sin queja alguna.

**5. Alegatos de conclusión.** La parte demandada presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación y Principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos (i)** ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? En caso positivo (ii) ¿Raúl Rincón Plata es solidariamente responsable de las condenas impuestas?

**2. Relación laboral.** Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 02 de enero del 2012 al 31 de diciembre de 2018, ejerciendo la labor de Gerente Comercial. Afirmación frente a la cual la demandada aduce en la contestación del libelo incoatorio que *"Si bien es cierto que el señor BARRIOS RIVERO prestó sus servicios para mi representada, no lo es que se haya configurado una relación laboral, toda vez que su vinculación siempre fue de carácter civil y comercial mediante un contrato de prestación de servicios profesionales"* (Fol. 70 archivo No 02).

Al respecto, también se tiene la prueba documental de folios 14, en la que la demandada certifica que el señor Édgar Alfonso Barrios Riveros *"labora en nuestra empresa desempeñando el cargo de Gerente Comercial, desde el dos (02) de enero de 2012, devengando un salario promedio mensual de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/L (\$6.400.000), mediante un contrato de prestación de servicios profesionales"*; y a folio 3 archivo No 06, obra la carta de renuncia, en la que se *"reafirma mi renuncia al cargo de Gerente Comercial (...) hasta el día 31 de diciembre de 2018"*, es decir, da cuenta de que prestó los servicios personales a favor de RHINOX COLOMBIA S.A. en el cargo de gerente comercial, aunado a que, tal requisito no presenta disenso por la encartada, ya que incluso en el recurso de alzada sostiene que no se puede declarar el contrato de trabajo con solo cumplir el primer elemento.

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación y con derecho a remuneración salarial<sup>1</sup>; presunción legal *ius tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde el demandado deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"* (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de *"reus, in excipiendo, fit actor"*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

---

<sup>1</sup> T-694-2010

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe<sup>2</sup>, darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste<sup>3</sup>, se trata de un razonamiento por inducción<sup>4</sup> creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia<sup>5</sup>, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de **suficiente peso y solidez** para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral, por tanto, solo podrá desvirtuarse con medios de prueba que ofrezcan información sobre la realidad de la relación laboral, no solo sobre la forma.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1439 de 2021, reiteró que la subordinación es la "clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada" en relación con una relación de carácter civil o comercial, indicando:

*"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro".*

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un "haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta"

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompañan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

<sup>2</sup> Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

<sup>3</sup> Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

<sup>4</sup> C731-2005

<sup>5</sup> Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

*(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que Rhinox Colombia S.A.S. no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues los testimonios recabados y de cargo de la parte demandada, dieron cuenta de elementos de juicio que en vez de desvirtuar la subordinación la reafirman, veamos: Brigitte Dayana Zamudio Rodríguez, manifestó que conoció al demandante porque ella trabajaba como revisora fiscal y fue el demandante quien le hizo la entrevista inicial; que en la sede de Rhinox el demandante tenía asignado un espacio u oficina, y que era el encargado de todo el tema de conseguir los negocios para el desarrollo de las obras, que viajaba y en algunas ocasiones estaba presente directamente en las obras, y que en su labor de revisoría encontró desorden en el tema de gastos y caja menor, razón por la cual, se buscó ponerle techo a los gastos de la tarjeta de crédito que tenía asignado por parte de la empresa, asimismo manifestó que la empresa le pagaba el recibo del arriendo y hacia uso de un vehículo de la entidad demandada.

En cuanto al testigo Pedro Pablo Forero Velásquez manifestó que conoció al actor ya que también prestaba sus servicios para Rhinox SAS, y que la labor del actor consistía en "salir a conseguir clientes y conseguir ventas para la compañía"; que el demandante tenía asignado una oficina en la entidad, con su computador y escritorio; dijo que los aportes a la seguridad social se descontaban de los honorarios y "los hacían directamente de la empresa" "de la plata de Rhinox", y si bien, este testigo manifestó que "*como los dos éramos como contrato contratos de servicios, no cumplíamos ni horario ni una fecha ni nada*", lo cierto es que, considera la Sala que ello por sí solo no desvirtúa la subordinación, pues la respuesta también se encuentra en jurisprudencia de antaño que señala: "*aun cuando la fijación de horarios por el empleador es quizás uno de los hechos más característicos de la subordinación laboral, no cabe predicar, a contrario sensu, que cuando esa fijación no exista deba por fuerza, suponerse la autonomía en la prestación del servicio*"<sup>6</sup>.

En cuanto al testigo Carlos Ernesto Lozada Morales, al igual que el anterior manifestó que la función del actor era conseguir clientes y que no estaban sujetos a un horario específico, sino que iba ocasionalmente a la oficina "a rendir cuentas de cobro y demás", y a pesar de que los otros dos testigos manifestaron que el demandante tenía una oficina asignada, este testigo dijo que el demandante "no tenía ninguna oficina asignada", que solo había una oficina de contabilidad y allí pasaba a hacer cuentas de cobro e informes, tesitura que al no ser coherente y además contradictoria con los otros testigos, poco o nada puede extraerse de sus dichos y que logren desvirtuar la presunción de la existencia del contrato de trabajo.

---

<sup>6</sup> Ibídem

Ahora, si bien los tres testigos coinciden en manifestar que el vínculo de las partes fue a través de un contrato de prestación de servicios y que no devengan salario sino honorarios, a juicio de la Judicatura ello no desvirtúa la subordinación, pues en lo relacionado con la manera como se realizan los pagos por el servicio prestado, de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que: *"tampoco se desnaturaliza el contrato de trabajo porque la remuneración no sea pagada mensualmente", "tampoco se desnaturaliza el contrato de trabajo porque quien [...] paga [la remuneración] impute contablemente el pago a otros rubros de su contabilidad"*, «la presentación de cuentas de cobro no es suficiente, per se, para desnaturalizar la existencia de una relación laboral» (CSJ SL10546-2014).

De lo expuesto, en lo que refiere a la prueba testimonial, no son de la suficiente entidad, ni revisten de la solidez y contundencia para descartar la relación laboral subordinada, al contrario, sus dichos se encajan en varios de los indicios referidos en la jurisprudencia nacional acordes a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, a saber:

*(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020):* lo que aconteció con el tema del uso y manejo de la tarjeta de crédito que le fue asignada por la entidad, dado que la misma según el dicho del representante legal de la encartada se le otorgó para el cumplimiento de sus labores, y debido a las novedades presentadas en el tema de gastos, fue que a través de la revisora fiscal se le "puso techo" a los gastos, es decir, para el cumplimiento de la labor de gerente comercial era la empresa la que le suministraba los gastos en que incurría cuando el actor tenía que viajar o estar fuera de la empresa, ejerciendo la entidad control de los gastos a través de la revisoría fiscal, y si bien en el cartulario no se evidencia que el actor haya cometido alguna falta o que tenga llamados de atención que hayan desencadenado en alguna consecuencia negativa, ello no implica que se descarte la subordinación, al contrario, refuerza la razón o el motivo de su continuidad por espacio de más de 6 años al servicio de la empresa, y aquí descendemos al otro indicio, consistente en *"cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019)"*, el que además de lo dicho, se configura con que no puede la Colegiatura aceptar una relación de tipo civil extendida entre el 02 de enero del 2012 al 31 de diciembre de 2018, es decir, por espacio de 6 años en una actividad "gerente comercial", y ello nos lleva a configurar el siguiente indicio, relativo al *"desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393)"*, ya que de ninguna manera puede aceptarse que el cargo de gerente comercial se considere ajeno a la estructura interna de cargos de la entidad, pues no tendría razón de ser el funcionamiento de una empresa dedicada a la "construcción de todo tipo de obras civiles de orden deportivo, habitacional, y estructural" sin el gerente comercial dedicado a conseguir los negocios para el desarrollo de las obras, reunirse con clientes y en algunas ocasiones estar presente directamente en las obras, como lo dijo la testigo Brigitte Dayana Zamudio Rodríguez, de allí que se explique por qué se extendió la relación laboral por espacio de 6 años, dicho de otro modo, si el cargo desempeñado por el actor no constituye un cargo en la estructura empresarial, su prestación del servicio hubiera sido temporal y esporádica para una actividad determinada o para una obra específica, lo que no acontece en el sub lite, ya que se presentó una continuidad considerable en el despliegue de su fuerza de

<sup>7</sup> Sentencia del 30 de agosto de 1991, M.P. Hugo Suescún Pujols, Rdo 4361, Gaceta Judicial Nro. 2453, Tomo CCIV Segundo Semestre, pp. 303 y ss

trabajo en favor de la encartada en procura de desarrollar de manera principal su objeto social.

Igualmente, no puede pasar por alto la Judicatura que la prestación del servicio en los 6 años que duró su vínculo laboral, se desarrolló en "los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020)" y con "el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019)", circunstancia que fue corroborada por los testigos e incluso por el propio representante legal al manifestar que el actor contaba con una oficina y que los elementos o "dotaciones" eran suministrados por Rhinox SAS, lo que connota que el actor debía en estricto sentido prestar sus servicios en la infraestructura de la empresa y con las herramientas que aquella suministraba, a pesar de que debía ausentarse o viajar a reunirse con clientes, pues en todo caso era con la finalidad de buscar clientes para la empresa y era ésta quien costeaba dichos desplazamientos.

Estos indicios plurales, concordantes y convergentes, valorados en conjunto, conducen a la certeza de la existencia del hecho desconocido que se pretende establecer, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes en litis, por ende, al ser los indicios medios probatorios conforme a lo estipulado en el art. 165 del CGP y al encontrarse acreditados los requisitos del art. 260 del mismo estatuto, no queda otro camino que declarar su existencia, advirtiendo que si bien la defensa de la entidad empleadora estuvo encaminada a demostrar que el actor fungió como contratista independiente, considera la Sala que conforme a la Jurisprudencia sobre este tópico, lejos está el actor de ser considerado como tal, no solo por lo dicho en precedencia, sino también porque "la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación", lo que se itera, ni de asomo se configura tal calidad en el actor, muy a pesar de que en el plano formal el contrato de prestación de servicios en su clausulado haga referencia a que es un contratista independiente (Fol. 48).

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Finalmente, sobre este tema resulta oportuno traer a colación lo dicho en la sentencia SL1439-2021 en los siguientes términos:

*"Este criterio da por descontado que la empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de su titular. Cuando el empleador organiza de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador en ese ámbito para dirigir y controlar su labor, según esos fines empresariales, se estará ante un indicio claro de subordinación. **El trabajador que no tiene un negocio propio, una organización empresarial suya con su propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, sino que se ensambla en la de otro, carece de autonomía.** No se trata de una persona que desarrolla libremente y entrega un trabajo para un negocio, sino que su fuerza de trabajo hace parte del engranaje de un negocio conformado por otro".*

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, administrativa, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan los

supuestos contratos de prestación de servicios, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en el lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía.

**3. Aportes al sistema integral de seguridad social a cargo del empleador.** En lo relacionado con los aportes para pensión, si bien los mismos son imprescriptibles, su condena está sujeta a la declaratoria de relación laboral, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

*"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad".*

Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en salud, tiene adoctrinado la Corte en sentencia SL1064-2018, que:

*"Frente a los aportes al sistema de salud, esta sala de la Corte ha establecido que su pago resulta obligatorio, así no se hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema (Ver CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL1457-2015, CSJ SL9373-2015, CSJ SL14385-2015, CSJ SL15439-2015)".*

Conforme lo anterior, dado que en el sub examine se declaró la existencia de una verdadera relación laboral entre el demandante y la enjuiciada, indefectiblemente le compete a la demandada en calidad de ex empleador asumir el pago integral de los aportes al sistema general de pensiones y salud, tal como quedó sustentado en el criterio jurisprudencial atrás vertido, aúnese a lo anterior, que de conformidad con el artículo 22 de la ley 100 de 1993 debe responder por la totalidad del aportes, incluido el porcentaje que le hubiere correspondido al trabajo.

En este punto es preciso señalar que, si bien no existe pretensión expresa encaminada a pedir los aportes al sistema integral de seguridad social, lo cierto es que en las razones de derecho de la demanda se hace alusión a los aportes a la seguridad social como una consecuencia a cargo del empleador ante la declaratoria del contrato de trabajo, aunado a que se indica la imprescribibilidad de tales aportes. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el transcurso del proceso se debatió tal tema, al punto que se allegaron unas planillas de aportes a seguridad social por parte de la entidad demandada (Fols. 74 a 96) en las que se observa el pago de algunos periodos de los años 2017 y 2018, mismos que según el testigo Pedro Pablo Forero Velásquez eran realizados por Rhinox S.A.S.. Lo anterior para decir que, si bien las facultades ultra y extra petita radican esencialmente en los jueces de primera instancia, ello no obsta para que el juez de segundo grado pueda hacer uso de aquella facultad, pues en este caso se trata de derechos mínimos e irrenunciables y además se cumple con los presupuestos decantados por la jurisprudencia, esto es *"siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto*

*en la sentencia CC C-968-2003 tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia CSJ SL5863-2014”*

Así las cosas, como quiera que no obra prueba de que se realizaron los aportes a la seguridad social en vigencia de la relación laboral y a la vez para algunos años en la que estuvo vigente el contrato de trabajo se encontró que el IBC reportado en la planilla de folio 74 a 95 es inferior al salario que devengó el accionante, habrá de ordenarse a RHINOX SAS que proceda con el pago de los aportes de manera completa desde el inicio de la relación laboral (02/01/2012) así como también a que pague la diferencia para los años 2017 y 2018, teniendo en cuenta el siguiente salario para cada una de las anualidades:

AÑO	SALARIO
2012	\$ 566.700
2013	\$ 589.500
2014	\$ 616.000
2015	\$ 644.350
2016	\$ 3.799.000
2017	\$ 4.339.000
2018	\$ 8.120.000

**6. Solidaridad.** Con apego a lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sustantivo de Trabajo: *“son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio”.*

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicación No 39014 del 17 de abril de 2012, rememorando lo adocinado en sentencia del 22 de agosto de 2007, rad. 28443, en lo que interesa a la solución del debate litigioso, observa: “

*“(…), sobre el tema jurídico que propone el recurrente, y que atañe con la responsabilidad de los socios por créditos laborales adeudados, en aquellas sociedades diferentes a las de personas, derivada de lo que al efecto prevé el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte tiene precisado que, dentro de los alcances de la norma, no se tiene previsto hacer extensiva la solidaridad a los accionistas en las sociedades de capital. Así se dijo en la sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación 13939.*

*La razón para ello es que en las sociedades de capital, el accionista no compromete su responsabilidad en iguales condiciones a las de un socio de las sociedades de personas, pues mientras en aquellas no hay acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, de conformidad con las previsiones del artículo 252 del Código de Comercio, en éstas, los miembros que conforman la sociedad son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, tal como lo prevé el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que tal norma responsabilice a los accionistas por las obligaciones laborales surgidas, dado que el sujeto de los derechos y obligaciones es el ente social.”*

En ese contexto, como lo que se pretende es la solidaridad respecto del demandado Raúl Rincón Plata como socio y representante legal de RHINOX SAS, entidad de capital y no de personas según el certificado de cámara de comercio (Fols. 5 a 9), no se predica la solidaridad, ello en plena aplicación del criterio jurisprudencial atrás vertido.

Dicho todo lo anterior, y al no haberse presentado disenso sobre los valores objeto de condena, ni sobre la manera en que se liquidaron las indemnizaciones, no queda más que confirmar la decisión de instancia.

Colofón de lo dicho, queda de esta manera agotado el temario planteado por los apoderados recurrentes, impartiendo adición a la sentencia de instancia solo en lo relativo a los aportes a la seguridad social.

**8. Costas.** Sin costas en esta instancia, dada las resueltas del proceso y en la medida en que ninguna de las apelaciones prosperó de manera total. Las de primera se confirman.

### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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

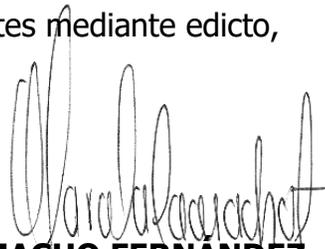
**PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida el 28 de junio del 2022, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, la **CONDENA** a la demandada **RHINOX SAS** a pagar la totalidad de los aportes y la diferencia de los aportes en favor del señor **ÉDGAR ALFONSO BARRIOS RIVEROS**, con destino a la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliado el actor para los riesgos de pensión y salud, teniendo en cuenta como IBC los siguientes:

AÑO	SALARIO
2012	\$ 566.700
2013	\$ 589.500
2014	\$ 616.000
2015	\$ 644.350
2016	\$ 3.799.000
2017	\$ 4.339.000
2018	\$ 8.120.000

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** NEIDY GISLENY QUIROGA SIERRA  
**DEMANDADO:** FLOWTECH LTDA  
**RADICACIÓN:** 110013105-023-2019-00669-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA  
**TEMA:** DESPIDO INDIRECTO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** La señora Neidy Gisleny Quiroga Sierra a través de mandataria judicial instauró demanda laboral contra Flowtech LTDA, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo el cual terminó por causa imputable al empleador, así como también que fue sometida a acoso laboral; que fue discriminada por cuanto a los demás empleados se les hizo incremento salarial, incumpliendo además con el pago de las comisiones acordadas y los horarios estipulados, debido a que tuvo que trabajar durante descansos, licencias y vacaciones, en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo de que trata el artículo 64 del CST, la indemnización como consecuencia del acoso laboral y sexual de acuerdo con el artículo 10 de la ley 1010 de 2006, el incremento salarial correspondiente a los últimos seis años, así como las costas y agencias en derecho; de manera subsidiaria solicita el pago de las vacaciones no gozadas, toda vez que no se le permitieron tomarlas ya que se le exigió trabajarlas, así como también el pago de las comisiones correspondientes al 0.5% dejadas de pagar, sobre las comisiones anuales totales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 15 de enero de 2009 suscribió un contrato de trabajo verbal con la demandada, para desempeñar el cargo de asesora comercial y secretaria, el cual estuvo vigente hasta el 29 de abril de 2013, fecha en la que fue ascendida al cargo de Directora Comercial, suscribiéndose un contrato a término indefinido con un salario de \$2.500.000; que en diciembre de 2013 se pactó de manera verbal que además del salario recibiría una comisión el 0.5% de las comisiones sobre ventas totales anuales; que en diciembre de 2017 fue víctima de acosos sexual por parte de su jefe Juan Carlos Rosasco Menicagli, quien aprovechando su posición de superioridad la hostigo verbalmente; que en el año 2017 se convino un aumento salarial de \$200.000, pero solo se pagó un solo mes; que durante los descansos y periodos de vacaciones era requerida por el jefe para realizar trabajos vía internet; que en junio de 2018 colocó en conocimiento del empleador su estado de embarazo y desde ese momento empezó a soportar acoso laboral por parte de su jefe, representado en malos tratos, llamados de atención por salir a citas médicas, demeritar su trabajo y el cambio de funciones; que en septiembre de 2018 fue increpada por su jefe al no trabajar durante la incapacidad

por una cirugía que le practicaron; que recibía por parte de su jefe exigencias inusuales en cuanto a resultados e informes, a tal punto que se le regañaba por tardar una hora en contestar un correo sin conocer las razones o sin preguntar nada; que en diciembre de 2018 y enero de 2019 en una reunión privada su jefe le exige en malos términos que debe trabajar durante la licencia de maternidad; que el 23 de enero de 2019 durante la licencia de maternidad se le exigió la realización de un trabajo (licitación); que el 24 de enero de 2019 recibió un mensaje en WhatsApp diciéndole que se había comprometido a trabajar y que no ha enviado la licitación; que el 6 de febrero de 2019 el gerente le volvió a escribir para cumplir con otro proyecto, pero en esa ocasión no realizó el trabajo y decidió tomar la licencia de maternidad; que su jefe Juan Carlos Rosasco Menicagli tomó represalias y de inmediato exigió devolver el celular y le quitó el acceso a la cuenta de correo electrónico de la Dirección Comercial; que una vez volvió a la empresa finalizado la licencia de maternidad, le fue informado de manera verbal y agresiva de cambios sustanciales respecto a su cargo y funciones; que en el año 2019 se incrementó el salario a los empleados menos a la demandante; que el 14 de agosto de 2019 presentó renuncia provocada; que fue liquidada de manera incorrecta, ya que se le descontó un crédito arbitrariamente sin consultarle si deseaba cambiar las condiciones. (Fol. 6 a 19 y 217 a 225 archivo demanda).

**2. Contestación FLOWTECH LTDA.:** Presentó contestación a la demanda, aduciendo que no se configuró una terminación unilateral del contrato de trabajo, dado que finalizó por renuncia voluntaria de la trabajadora; que no se presentó acoso laboral, por lo que las causales contempladas en la carta de renuncia carecen de elementos probatorios que puedan acreditarlas; que no existió discriminación en los incrementos salariales, dado que en el año 2019 solo se incrementó el salario de un trabajador y además no existía obligación legal para el empleador de realizar aumento salarial a la actora, pues devengaba un salario superior al mínimo; que se realizó el pago de comisiones conforme lo acordado, incluso en la liquidación se incluyeron dos clientes que aún no habían hecho el desembolso efectivo; que la modificación a los horarios de trabajo fue modificado para todos los trabajadores en mayo de 2019 cuando se encontraba en licencia de maternidad, razón por la que solo le fue comunicado una vez se reincorporó de la licencia; que antes de tomar la licencia de maternidad no realizó empalme con el gerente ni se entregó los contactos telefónicos de los clientes, ni la SIM CARD corporativa, por lo que el 22 de enero de 2019 se le solicitó vía WhatsApp de manera respetuosa un apoyo u orientación, debido a que se requería continuar con los procesos a su cargo, ello para evitar traumatismos internos; que el 13 de febrero de 2019 se le solicitó por escrito la devolución del celular corporativo, el acceso al correo electrónico y la información puntual que se venía manejando, con el fin de continuar las labores comerciales que llevaba a cabo la demandante, sin que ello constituya represalias por la licencia que estaba disfrutando. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del acoso laboral, inexistencia del despido indirecto, Flowtech LTDA no tenía obligación de incrementar el salario de la demandante, pago total de la obligación – crédito de libranza y descuento, compensación, buena fe de Flowtech Ltda, improcedencia de las indemnizaciones solicitadas en virtud de la ley 1010 de 2006, caducidad, prescripción, y la genérica (Fols. 1 a 26 archivo contestación).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 16 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado de origen declaró que entre Neidy Gisleny Quiroga Sierra y Flowtech Ltda existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de febrero de 2009 hasta el 14 de agosto

de 2019, en el que la demandante se desempeñó como asesora comercial hasta el 29 de abril de 2013 y a partir de allí como Directora Comercial hasta la finalización del vínculo laboral, devengando como último salario la suma de \$2.500.000 más comisiones; absolvió a FLOWTECH LTDA de las demás pretensiones incoadas por la demandante, gravándola en costas procesales.

Su decisión se basó en el análisis en conjunto de elementos probatorios, inicialmente adujo que quedó acreditada la existencia de la relación laboral entre la demandante y FLOWTECH LTDA, por el lapso del 28 de febrero de 2009 y el 14 de agosto del 2019.

Frente a la terminación del contrato de trabajo, estimó que no se logró configurar el despido indirecto, pues si bien se presentó la carta de renuncia motivada el 13 de agosto de 2019, no se demostraron actos de violencia o malos tratos por el hecho de estar embarazada, al contrario, la parte actora en el interrogatorio manifestó que durante su embarazo le permitieron tener un horario flexible que se ajustara al pico y placa para poder usar su vehículo particular e igualmente manifestó que nunca le negaron un permiso para acudir a citas médicas; manifestó que de las pruebas arrojadas se pudo establecer que el gerente la requirió estando en licencia de maternidad, ello no constituye un incumplimiento a las obligaciones del empleador que este revestido de gravedad, ello si se tiene en cuenta que el empleador había requerido previamente a la trabajadora para que antes que saliera a la licencia de maternidad entregara los proyectos a su cargo, además el requerimiento realizado se da en buenos términos, y no se observa que se hayan tomado represalias; que no existe prueba de que al regreso de la licencia de maternidad se hubieren tomado represalias, al contrario, los testigos informaron que las condiciones continuaron igual; que respecto a la reducción de sus ingresos por la transferencia de clientes, la testigo Sandra Milena Bravo informó que a la demandante inclusive se le pagaron las comisiones sobre unas ventas que aún no se habían facturado; que frente al aumento salarial no existe prueba de que las partes hayan convenido aumento salarial y frente a las comisiones del 0.5% lo que reclama es que tal porcentaje es sobre las ventas totales, pero no existe prueba o convenio entre las partes de que se haya pactado tal porcentaje; frente al disfrute de las vacaciones, la parte demandante confiesa que sí tomó vacaciones, hecho que fue ratificado por el representante legal cuando dijo que la demandante tomaba vacaciones cuando ella lo consideraba y los días que necesitaba; frente a la situación de que debía laborar estando en vacaciones, la propia demandante manifestó que los clientes eran remitidos directamente al gerente, quien además tenía el acceso a su correo electrónico; frente al incremento salarial en el contrato de trabajo se pactó la suma de \$2.500.000 más las comisiones, y a pesar de que el salario se mantuvo igual para los años 2016 a 2019, no existe normativa que obligue al empleador a incrementar los salarios que son superiores al mínimo legal.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Se presentó inconformidad por la parte **actora**, quien manifestó que los testimonios de la parte demandada no dan credibilidad por cuánto tienen una relación laboral y una relación de subordinación con la demandada que carecen totalmente de imparcialidad; que se anula totalmente el testimonio de la demandante y no lo tiene en cuenta, además que ella no tiene la carga de la prueba; que la carga de la prueba estuvo totalmente a favor del demandado para absolverlo; que frente al incremento salarial no hay pruebas porque fue un acuerdo verbal; que respecto a las vacaciones no hay pruebas y quien tenía

que allegar la prueba es la parte demandada, lo mismo frente a las comisiones; que la sentencia es totalmente desequilibrada y esté en contra de la demandante.

**7. Alegatos de conclusión.** La parte demandada presentó alegatos de conclusión manifestando que se confirme la decisión absolutoria de primera instancia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

**1. Problema jurídico:** Consiste en establecer ¿Las causas aducidas por la actora en la carta de terminación del vínculo laboral justifican su proceder para concederle la indemnización por despido indirecto?

**2. Contrato de trabajo.** Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y el último salario devengado por la actora. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, las mismas se corroboran con el contrato de trabajo (Folios. 27 a 28 contestación demanda), comunicación de terminación del contrato de trabajo (Folios. 46 a 53 Contestación demanda) y liquidación de prestaciones sociales (Folio. 89 contestación demanda).

**3. Despido indirecto.** Sentado lo anterior, se iniciará por establecer si en efecto existe una justa causa que le de soporte a la pretensión declaratoria de despido indirecto, y consecuentemente al pago de la indemnización por despido injusto.

Para el efecto se tiene que la señora Neidy Gisleny Quiroga Sierra, solicita el pago de aquella por considerar que la presentación de su renuncia se dio por razones atribuibles a su empleador; argumentos que corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado despido indirecto, en virtud del cual, se ha entendido que se presenta cuando el empleador obliga a su trabajador a terminar el contrato de trabajo, bien sea porque directamente lo exige, o bien cuando su actuar conlleva a ejercer presión que necesariamente llevan al trabajador a tomar tal decisión.

En ese sentido, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, debe acreditar el extrabajador la existencia de las justas causas que invocó en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria.

Ahora, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que:

*"PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."*

Tras lo indicado, se observa que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleador cuando este considere que el empleador ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten

directamente con el desarrollo de sus funciones que transgreden la naturaleza del contrato de trabajo; para lo cual, el trabajador puede invocar las justas causas para dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo y reclamar la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, causales que se encuentran de manera taxativa en los artículos 62 y 63 del mismo cuerpo normativo.

Aclarando que no basta solo con invocar la causal fundada en la Ley para determinar la existencia u ocurrencia de una justa causa para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que la parte que quien pretende el finiquito - en este caso el trabajador por tratarse de un despido indirecto-, deberá señalar los hechos o motivaciones que dan origen a su decisión, tal como lo previó la Corte Constitucional en sentencia C – 594 de 1997.

La razón de lo anterior es por cuanto se permite con ello inferir cuales son las razones de fondo que configuran la justa causa legal para dar por finalizado el vínculo laboral, en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad que deben estar inmersas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-19995-2017, reiteró una vez más lo siguiente:

*"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."*

Además de lo anterior, debe recordarse que no es viable invocar hechos ocurridos con una anterioridad excesiva a la fecha de la presentación de la carta de terminación del contrato, por cuanto según lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia del máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, para finalizar una relación laboral con justa causa, las que se invoquen por quien decide romper la relación contractual deben ser mediatas, dentro de un término moderado y razonable, pues de lo contrario se entienden que han sido condonadas.

En conclusión, quien pretenda presentar su decisión de terminar la relación laboral, deberá, como primera medida, manifestarle a su empleador las razones de la terminación del vínculo, tal cual lo consagra el parágrafo del artículo 62 ibídem; en segundo lugar, deberá indicarse los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en tercer lugar, demostrar que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador.

Siendo ello así, a folios 46 a 53 del archivo "contestación de la demanda" se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo a la encartada emitida por la actora, donde se expone que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa imputable al empleador conforme a lo preceptuado por las causales 1,5,6, y 7 del literal b) del artículo 7, del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el artículo 57 causales 1 y 4 del CST y el artículo 2 de la Ley 1010 de 2006.

Decisión que obedeció a las siguientes razones:

Yo fui contratada como Directora Comercial y mis funciones eran entre otras; manejo de las órdenes de compra de los clientes y hacia los proveedores, seguimientos de entrega a clientes, manejo de asesores comerciales, compras, manejo de inventarios, autonomía para manejar negocios y tiempo de trabajo, sin embargo actualmente no tengo ninguna de esas funciones puesto que fueron restringidas en su totalidad y fui degradada de cargo puesto que el trato y las condiciones son iguales que las del vendedor actual y debo pedir autorización para cada actividad que realice.

2. 5. "Todo perjuicio causado maliciosamente por el patrono al trabajador en la prestación del servicio."

El trabajo en el área de ventas significa que tenía una remuneración por comisión por los negocios realizados, sin embargo, al quitarme los clientes que venía manejando me perjudica en mis ingresos y tal como me dijo en alguna ocasión que solicite aumento de sueldo "si quiere ganar más pues venda más", pero eso no se puede hacer al 100% si se restringen los clientes.

3. 6. "El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales o legales."

En el 2017 se convino un incremento salarial de 200 mil pesos mensuales que no entrarían legalmente en el sueldo, sin embargo, se pagó un solo mes y luego el gerente me dijo que eso era un bono que él quería dar y que solo lo daría cuando él quisiera, situación que contradice lo pactado.

Por otra parte, al momento de mi contratación como Directora Comercial se pactó una comisión por ventas totales a fin de año del 0.5% sobre la facturación total y por ese motivo solo me iba a pagar el 2% de comisión sobre mis negocios (teníamos pactado el 3.5%), sin embargo fue un acuerdo verbal entre las partes que no se cumplió en ningún año ;cuando Yo lo solicité, el año pasado se me dijo que la empresa estaba en "recuperación" y que no me podían dar esa comisión.

El presente año se incrementó el salario de los empleados en un 10%, exceptuando el mío. De acuerdo a la normatividad vigente el salario debe incrementarse como mínimo cada 2 años sin embargo mi salario sigue igual que hace 6 años y el IPC ha incrementado cada año y mi salario pierde poder adquisitivo.

4. 7. "La exigencia del patrono, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató."

Como fue explicado fui contratada como directora comercial, pero al retornar de mi licencia mis labores son las que corresponden a una vendedora.

5. 1. "Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores."

Se me ha restringido la información necesaria para la labor de directora comercial, a pesar que según los correos mi responsabilidad sigue siendo la de enviar informes, proyecciones y otras funciones del cargo, pero sin que se me proporcione la información necesaria.

Eliminación del acceso al correo de la Dirección Comercial que es el medio por el cual los clientes envían las requisiciones y es el correo que se pone en los formatos de creación de proveedores que tienen los clientes.

6. 4. Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos.

No me han pagado lo pactado como lo explique anteriormente. La liquidación de mis vacaciones no ha correspondido al valor promedio anual que devengo, sino que me las pagan sobre el básico exceptuando las pagadas en junio de 2019.

7. Ley 1010 del 2006 artículo 2 y 7

- c) "Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;"

En las últimas reuniones me ha dicho de manera descalificante que cuando yo llegue a la empresa no sabía nada y que ahora todo lo se gracias a la empresa, que yo no sirvo para vender y que mejor me va a buscar otro cargo en el que el me ve más futuro.

Cuando ingrese luego de la licencia de maternidad me dijo que yo no servía para vender negocios pequeños, que solo vendía proyectos grandes y que él prefería los negocios pequeños que eran el día a día y que mis ventas no eran importantes para la empresa.

8. h) "La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona";  
Me siento vulnerada en mi intimidad pues fue instalada una cámara de vigilancia justo sobre mi escritorio, dirigida a mi computador, es de aclarar que antes de mi licencia de maternidad Yo tenía una oficina privada y ahora estoy en un espacio en las mismas condiciones del vendedor.
9. i) "La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa."  
Me ha sido cambiado bruscamente mis labores del cargo como represalia por no haber trabajado en la licencia de maternidad pues el gerente me manifestó que eso fue como dejar tirado el cargo sin ningún motivo y en realidad como lo explique en la introducción eso no fue lo que se acordó.  
Me pareció una exigencia desproporcionada, el trabajo que me pidió adelantar en mi licencia por cirugía por enfermedad que tuve en septiembre 5 de 2018, ante lo cual el gerente me dijo que la licencia era un home office, es decir un trabajo desde la casa.  
Y aún más desproporcionado el trabajo que el gerente me exigió realizar dos días después de dar a luz a mi bebé.
10. j) "La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados"  
Durante los 10 años y medio que llevo en la empresa siempre se dijo que se trabajaba únicamente de lunes a viernes y que solo en caso de una emergencia se debía trabajar el sábado, sin embargo al ingresar de mi licencia de maternidad tuve un cambio sorpresivo en mi jornada laboral pues debía trabajar de lunes a viernes de 7 am a 5 pm y los sábados de 8 a 12 am, porque era algo que él decidió que era indispensable para la empresa.  
Durante todos mis periodos de vacaciones, permisos, calamidades no he podido disfrutarlos toda vez que se me ha enviado trabajo a mi correo electrónico para desarrollarlo en esos periodos.
11. k) "El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales";  
Desde mi ingreso de licencia de maternidad se me han impuesto deberes laborales que me discriminan respecto a mi cargo de Directora Comercial, debo pedir autorización al gerente para cada actividad.  
Por otra parte, en octubre de 2018 se incrementó en un 10% el salario a los otros dos empleados de la empresa y a mí no se me ha incrementado en los últimos seis años, me siento vulnerada en mi derecho a la igualdad.
12. l) "La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor";  
En los correos por escrito el gerente me ha dicho que mis funciones no han cambiado sin embargo cuando se ha solicitado por escrito la información para realizar la labor de la dirección comercial, el gerente me ha dicho que esa información la empezara a manejar cada persona y en consecuencia no he recibido la información que es absolutamente indispensable para elaboración de los informes de seguimiento comercial, proyecciones y presupuestos de ventas.  
De igual manera solicite a la asistente de gerencia en dos ocasiones el listado de facturación para proceder a elaborar el control e historial de clientes e indicadores de ventas por línea; a la fecha no me ha sido entregado.
13. m) "La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos"  
Después de trabajar más 10 años totalmente comprometida con el crecimiento de la empresa, por asuntos personales de fuerza mayor, solicité de manera muy cordial y respetuosa un permiso no remunerado de 19 días el cual me fue negado de manera tajante. Yo le ofrecí que trabajaría en la empresa de lunes a jueves durante ese lapso de tiempo y los viernes y sábados desde la casa, pero la respuesta del gerente

siguió siendo una negativa total ; ante ésta situación ,no siento reciprocidad de parte de la empresa con la cual he estado totalmente comprometida, ofreciendo mis servicios profesionales y desarrollando mis labores con una innegable responsabilidad y altísima calidad .

De acuerdo con todo lo anterior se configura el despido injustificado según el artículo 64 del código laboral.

Agradezco la deferencia,

NEIDY GISLENY QUIROGA SIERRA  
C.C. 52.735.331  
Dirección: Calle 144 # 12-44 apto 602  
correo: [nquirogas@gmail.com](mailto:nquirogas@gmail.com)  
Cel. 3166558478

Como se observa la actora comunicó a su empleadora el hecho y motivo que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo, el cual, fundamentalmente se basó en que la encartada después de la licencia de maternidad le fue restringido en su totalidad sus funciones y fue degradada de cargo, además que debía pedir autorización para cada actividad que realizaba; asimismo, que se había pactado una comisión por negocios que nunca se cumplió, y que en el año 2017 se convino un incremento salarial de \$200.000 el cual tampoco se cumplió por el empleador; relata también que se hicieron incrementos salariales a otros trabajadores, menos a ella; manifiesta que se configuraron conductas constitutivas de acoso laboral, dado que recibió tratos descalificantes luego de volver de la licencia de maternidad, asimismo que le fue instalada una cámara de vigilancia justo sobre su escritorio, y que antes de la licencia tenía una oficina privada y luego pasó a un espacio en las mismas condiciones del vendedor; que se le exigió adelantar trabajo durante una incapacidad y en uso de la licencia de maternidad, así como también que después de la licencia de maternidad tuvo un cambio sorpresivo en su jornada laboral, entre otros aspectos que están referidos en la carta de terminación y que según la postura de la actora llevaron a presentar la renuncia ante su empleador.

Ahora, expuesta las razones de la terminación del vínculo, corresponde acreditar los supuestos esbozados; y en esa medida, a efecto de resolver si en el presente asunto las causales invocadas por la actora en la carta de terminación del vínculo laboral configuran un despido indirecto, de entrada se descarta su procedencia, pues debe tenerse en cuenta que la parte actora no trajo al diligenciamiento ningún medio suasorio que permita darle sustento a sus pedimentos, afincándose el recurso de alzada en que el juez debía tener en cuenta el dicho de la actora en el interrogatorio de parte y darle plena credibilidad, olvidando que ello no es procedente. Al respecto, esta Corporación insistentemente ha señalado que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas, para sacar provecho o beneficiarse de ella, máxime cuando es evidente que de su dicho no puede extraerse una confesión pura y simple, en tanto que no se observa que produzcan consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria, en términos del artículo 191 del C.G.P., no obstante, también se ha dicho que las afirmaciones que benefician a la parte se deben apreciar como simples declaraciones de parte, que deben ser respaldadas con otros medios de prueba, lo que no acontece en el sub lite, dado que solo se tiene su dicho sin ningún medio de convicción adicional que permita corroborar que lo expuesto en la carta de terminación haya acontecido en los términos que allí se exponen, al contrario, del interrogatorio de parte se desprende una serie de confesiones que desdican lo manifestado en la carta de finalización del contrato.

Para mayor claridad respecto al interrogatorio de parte, el Código de Procedimiento Civil, suponía admitir que cada parte podía citar a la otra a interrogatorio, a efectos

de lograr exclusivamente su confesión, y por ello aquellas manifestaciones de las partes que no constituyan confesión no debían ser tenidas en cuenta por el juez, sin embargo, con la vigencia del Código General del Proceso, se establece en la sección tercera lo relacionado con el régimen probatorio, y en su capítulo III la *"declaración de parte y la confesión"*, es decir, dos medios de prueba autónomos, pues mientras lo desfavorable se toma como confesión, lo que no constituye confesión puede ser apreciado por el juez como una simple declaración, tal como lo previene el inciso final del artículo 191 del C.G.P, en la que a la letra reza: *"La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas"*.

La doctrina también ha estudiado este tema y ha evidenciado el cambio que incorporó el CGP a su código antecesor, en los siguientes términos: *"los modernos sistemas que adoptan la victoriosa oralidad, entre ellos el del CGP, al acrecentar la intermediación y la libre valoración de las pruebas, engrandecen el significado principal del contacto personal e inmediato del juez con las partes y prácticamente sin excepción reconocen el vigor y la eficacia probatoria de la simple declaración de parte, obtenida en un interrogatorio libre"*. (Código General del Proceso- Aspectos probatorios – Ulises Canosa Suarez<sup>1</sup>).

Esgrime la parte actora que durante las vacaciones y descansos ha sido obligada a cumplir sus funciones; sin embargo, en el interrogatorio manifestó que frente a las llamadas y correos electrónicos de los clientes *"Se remitían a Juan Carlos directamente y al correo electrónico, pues él tenía el correo electrónico mío en su computador, entonces él podía entrar sin ningún problema"*, además debe tenerse en cuenta que a pesar de que en el empleador no requirió formalmente a la actora para que previo a las vacaciones o licencia de maternidad hiciera entrega de los pendientes a su cargo y el celular corporativo, su dicho resulta concluyente, pues denota que no ejerció labor alguna estando en vacaciones o licencias, ya que remitía los correos o llamadas al gerente, aúnese a lo anterior, que el celular también era utilizado para fines personales, como ella mismo lo expresó en su declaración, y por tanto, no se vislumbra la existencia de una exigencia de parte del empleador de que debía laborar durante vacaciones o en su licencia de maternidad.

Ahora, se hace alusión a un cruce de mensajes de texto vía WhatsApp en la que durante la licencia de maternidad se hicieron requerimientos, ante lo cual, inicialmente señala la Sala que *"la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba (T-043-2020)*. Es decir, en el caso concreto, los mensajes vía WhatsApp que militan a folios 41 a 43 demanda y folio 33 contestación demanda, se pueden tener en cuenta como prueba indiciaria, y a pesar de que no se detalla la fecha de su creación, al valorarlos en conjunto con los otros medios de prueba, como la versión rendida por el representante legal en el interrogatorio de parte, se acepta que en efecto el gerente se comunicó por ese medio con la demandante ante la urgencia de tener conocimiento sobre un proyecto, y del contenido de tales mensajes no se exterioriza malos tratos o instrucción de que debía obligatoriamente laborar durante la licencia, pues tales mensajes dan cuenta de que requería la empresa información de los proyectos que tenía a cargo antes de salir a la licencia de maternidad y que no fueron entregados al gerente para darle continuidad, y así se expresa: *"le he estado llamando y escribiendo por el proyecto de Dow Química. Como bien*

<sup>1</sup> <http://jurisuniroario2012.blogspot.com.co/2012/08/codigo-general-del-proceso-aspectos.html>

*sabe, es un proyecto de vital importancia para la empresa y su desarrollo no fue documentado ni entregado como se solicitó”, (...) como le mencione anteriormente, este es un proyecto vital para la compañía además de el proyecto de la refinería de Talara, entre otros, los cuales no fueron debidamente entregados como se solicitó con anterioridad a su incapacidad por maternidad”.*

Bajo ese horizonte, a pesar de que la conducta del empleador no es la apropiada, ya que la actora se encontraba disfrutando de la licencia de maternidad, ello no conduce a tener tal acto como una conducta grave de parte del empleador que conlleve necesariamente a concluir que se obligó a la actora a laborar durante la licencia o que se le haya impuesto el cumplimiento de funciones como lo aduce en la carta de renuncia, pues de los mensajes se extrae que el empleador requería una información y no el cumplimiento de alguna labor específica. Además, nótese que el requerimiento que hizo posteriormente el empleador en fecha 13 de febrero de 2019, de la Simcard perteneciente a la empresa, tampoco puede apreciarse como retaliación ante la respuesta dada por la actora el 30 de enero de 2019, pues a pesar de que tal línea era utilizada también como uso personal, según lo dijo la actora en el interrogatorio, la finalidad del empleador fue la siguiente: *"Como la simcard del celular No 3208039785 pertenece a la empresa, por lo que es muy probable que su Licencia de Maternidad sea perturbada por llamadas inoportunas por algunos de nuestros clientes, me permito solicitarle la misma sea devuelta mientras dure la mencionada licencia y así nosotros podremos atender directamente los requerimientos que se presenten por parte de ellos prestándoles el servicio correspondiente y oportuno sin causarle ninguna molestia"*(Fol. 36 contestación).

Lo expuesto permite a la Sala colegir que no se encuentra acreditado que el empleador haya impuesto el cumplimiento de funciones durante la licencia de maternidad, ni tampoco puede apreciarse un irrespeto o malos tratos, razones suficientes para descartar la motivación de la renuncia fundada en este aspecto.

Igualmente, se aduce por la actora que desde que comunicó su estado de embarazo en el año 2018, su situación laboral cambió al interior de la empresa, que ha sido relegada de funciones y que se le hacía control de sus ausencias; empero, al absolver el interrogatorio manifestó que debido a su embarazo y como tenía vehículo le daban la facilidad de llegar bien sea antes del pico y placa o después del mismo, así como también salir antes del pico y placa; igualmente, ante la pregunta de sí durante el embarazo el gerente le pidió reprogramar las citas médicas o su cancelación, manifestó que no. Lo anterior, para decir que al contrario de lo manifestado en la carta de terminación del contrato, no se evidencia que el empleador haya tenido tratos discriminatorios en comparación con otros trabajadores.

En lo que respecta a las vacaciones, la misma parte actora en el interrogatorio manifestó que sí disfrutó de las mismas, y ninguna prueba obra en el expediente de que durante el disfrute de las vacaciones haya sido obligada a cumplir funciones como lo relata en la demanda, razón por la cual, ninguna disquisición adicional se hará al respecto, máxime cuando se aprecia un documento de folio 38 de la contestación, que deja en evidencia que la parte actora solicitaba el disfrute de sus vacaciones de manera fraccionada dependiendo de sus situaciones particulares, es decir, pidió 17 días, correspondiente a dos periodos de vacaciones, y no obra inconformidad alguna al respecto por la demandante, quedándose los hechos expuestos en la demanda y en la carta de renuncia en solo dichos sin ningún soporte probatorio.

En lo atinente a la situación presentada después de volver de la licencia de maternidad, es decir, el cambio de horario y la asignación del puesto de trabajo, acota la Sala que tal como lo informaron los testigos Sandra Milena Bravo López y Leonardo Sandoval Pinzón, ello tuvo lugar debido al cambio de sede de la empresa acontecido por la situación económica que venía afrontando, y en lo relacionado con los puestos de trabajo, este último testigo informó que *"entre todos colaboramos, hicimos el trasteo entre todos, entre todos ubicamos los escritorios en la forma en que se creyó más cómoda"*, y en relación con las cámaras dijo que *"Las cámaras de colocaron por seguridad y la disposición la determinó, quien instaló las cámaras, que dijo que era la mejor ubicación para generar seguridad, pues para tener una vigilancia más certera"*. Ello connota que al contrario de lo esbozado en la demanda, no se aprecia que luego de la licencia de maternidad haya cambiado la situación particular de la actora de la manera como ella lo expresa, es decir, que el hecho de que se haya cambiado una oficina por un puesto de trabajo en conjunto con los demás trabajadores constituya retaliación por no haber supuestamente laborado durante la licencia de maternidad, pues según lo informaron los testigos, el sitio al que se trastearon era reducido y el único que quedó con oficina fue el gerente, aspectos que en un todo desvanecen la postura de la demandante tendiente a pretender que esos hechos fueron producto de no haber laborado en la licencia de maternidad.

Igualmente, en lo que respecta al horario o jornada laboral, debe tenerse en cuenta que fue una directriz dirigida a los "EMPLEADOS DE FLOWTECH" el día 15 de abril de 2019, que tampoco puede apreciarse que constituya una conducta del empleador dirigida de manera particular a la demandante, y mucho menos puede sostenerse que es producto de retaliación por no haber laborado durante la licencia de maternidad o que haya sido motivada para efectos de provocar su renuncia.

Frente al porcentaje del 0.5 de comisiones, obra en el diligenciamiento a folios 63 a 84 los desprendibles de pago en los que se observa el pago de las comisiones, siendo que la actora reprocha el no pago del 0.5% del total de las ventas, es decir, un porcentaje adicional al reconocido por el empleador, el cual según su postura fue pactado verbalmente, pero al respecto, ningún elemento probatorio permite abrir camino a su estudio, ya que solo se quedó en el dicho de la actora, pues no se tiene ninguna prueba documental o testimonial que dé cuenta de la obligación del empleador de reconocer tal porcentaje adicional. Así las cosas, bien hizo el juez en desestimar este aspecto, precisando que la carga de la prueba está del lado de la parte actora, y no de la demandada, y así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 04 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARA, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto a la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente relieves, que **"también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros"** (Negrilla y subraya de la Sala).

Frente al incremento salarial, en lo relacionado con el aumento de \$200.000, no encuentra la Sala soporte probatorio de que se haya pactado tal aumento a partir del 2017, y en cuanto a los incrementos anuales tampoco existe prueba de haberse

pactado entre las partes que el salario de \$2.500.000 sería incrementado anualmente, y por ello, a pesar de que tal asignación no tuvo variación desde el año 2016 a 2019, de ninguna manera puede el juez laboral ordenar un reajuste con el IPC o con el incremento que tuvo el salario mínimo en esas anualidades como lo pretende la demandante, pues al respecto la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que: "*Amén de lo anterior, ha manifestado la Corporación en diversas providencias que no existe norma legal específica que obligue a los empleadores a decretar reajustes, aumentos o incrementos salariales, por encima del ordenado para el salario mínimo legal y, por ende, tampoco cuenta el juez laboral con dicho apoyo normativo para edificar una condena en esa dirección*" (SL1072-2021).

**4. Acoso laboral.** En lo relacionado con las presuntas conductas de acoso laboral, es menester señalar, que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1010 de 2006, el objeto de la denominada Ley de Acoso Laboral es "*definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo, y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de la relación laboral privada o pública*".

En ese orden de ideas, una interpretación tendiente a desentrañar la inteligencia de la Ley 1010 de 2006 permite evidenciar que su finalidad es definir, prevenir, corregir y sancionar las conductas constitutivas de acoso laboral. La prevención supone la determinación de las medidas que las empresas y las entidades públicas deben adoptar para evitar que en el desarrollo de las relaciones laborales surjan situaciones de acoso laboral; la corrección comporta el establecimiento de mecanismos de identificación de hechos constitutivos de acoso laboral y la solución amigable de los mismos antes de acudir a procedimientos disciplinarios o de sanción, y la sanción implica el seguimiento del trámite estipulado en la ley para castigar a los agresores.

En el artículo 2º de la citada normativa, se define el concepto de acoso laboral, precisando que "*(...) se entenderá por acoso laboral **toda conducta persistente y demostrable**, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo*".

Ahora bien, el artículo 7º ibídem establece ciertos casos, eventos o conductas en los cuales el acoso laboral se presume, eximiendo por tanto, a quien lo alega, de desplegar una actividad probatoria enderezada a ello, pues le basta a aquel con demostrar la ocurrencia de uno de los supuestos fácticos establecidos por la norma para que opere la presunción, misma que al ser del orden legal –iuris tantum- admite prueba en contrario; norma que fue objeto de análisis constitucional, mediante sentencia C-780 de 2007, la cual dispone:

*"Se presumirá que hay acoso laboral **si se acredita la ocurrencia repetida** y pública de cualquiera de las siguientes conductas:*

- a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;*
- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;*
- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;*
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;*

- e) *Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;*
- f) *La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;*
- g) *Las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;*
- h) *La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;*
- i) *La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;*
- j) *La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;*
- k) *El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;*
- l) *La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;*
- m) *La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;*
- n) *El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.*

*"En los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2°.*

*"Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.*

*"Cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencia en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil<sup>2</sup>.*

Además, en el referido fallo de constitucionalidad dicha Alta Corporación, refiriéndose al citado artículo, expuso:

*"El contenido normativo de la disposición es, entonces, el siguiente: (i) cuando se acredite la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las actuaciones enumeradas en el propio artículo 7° de la Ley, existirá una presunción de acoso laboral; (ii) cuando*

<sup>2</sup> La Ley también dispone explícitamente las conductas que no constituyen acoso laboral. Artículo 8°. *Conductas que no constituyen acoso laboral. No constituyen acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades:*

a) *Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina en los cuerpos que componen las Fuerzas Públicas conforme al principio constitucional de obediencia debida;* // b) *Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos;* // c) *La formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional;* // d) *La formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento;* // e) *La solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución;* // f) *Las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública;* // g) *La solicitud de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución;* // h) *La exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 a 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículos 59 y 60 del mismo Código;* // i) *Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo;* // j) *La exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.*

*Parágrafo. Las exigencias técnicas, los requerimientos de eficiencia y las peticiones de colaboración a que se refiere este artículo deberán ser justificados, fundados en criterios objetivos y no discriminatorios".*

*se trate de la ocurrencia de una actuación que no se encuentre taxativamente contemplada en la disposición, debidamente acreditada, la autoridad tiene la facultad de valorar si la misma, dada su gravedad, configura acoso laboral, de conformidad con la definición que se hace del mismo en el artículo 2º de la Ley; (iii) cuando la denuncia se produzca por la ocurrencia de una única conducta hostil, la autoridad deberá apreciar tal circunstancia y la valorará según su gravedad, por su capacidad de ofender por sí sola los derechos fundamentales del denunciante y determinará si la misma constituye o no acoso laboral; y, por último, (iv) cuando tales comportamientos - enumerados en la disposición- acaezcan en privado, la presunción no operará y, en consecuencia, la ocurrencia del hostigamiento deberá ser demostrada por los medios de prueba reconocidos en el Código de Procedimiento Civil, de suerte que si cualquiera de estas conductas logra ser acreditada, la autoridad competente deberá tenerla por acoso laboral.”*

Aplicando el anterior criterio jurisprudencial, procede la Sala a verificar si la actora cumplió con la carga probatoria que le corresponde, esto es, demostrar que el gerente de FLOWTECH LTDA, quien ejercía funciones de jefe inmediato de la actora incurrió en alguna de las conductas alegadas en la demanda, descritas en el artículo 7º de la ley 1010 de 2006, requisito imprescindible para que opere la presunción de acoso laboral alegado. No obstante, una vez realizada la evaluación del acervo probatorio recaudado, ab initio, concluye la Sala que la accionante no cumplió con el postulado y principio de derecho procesal denominado *onus probandi*, puesto que ninguna de las pruebas recaudadas, acreditan hechos que constituyan trato hostil en contra de la trabajadora, del cual se derive el alegado acoso laboral.

Ello es así, porque como se dijo anteriormente y de manera amplia, ninguna prueba trajo la parte accionante que haya logrado configurar el despido indirecto y mucho menos el acoso laboral que alude, pretendiendo en el trámite procesal que se emita condena solo con la versión rendida por la actora en el interrogatorio, aspecto que también quedó dilucidado en líneas anteriores y que de ninguna manera le da la razón a la actora.

Ahora, relieves la Sala que la conducta reprochable en materia de jornada laboral, es la consignada en el literal j) de la Ley 1010 de 2006, que hace referencia a “**La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados**”, lo que no acontece en el sub examine, dado que el horario asignado está dentro de las 48 horas laborales que establece el artículo 161 del CST, y además fue una directriz dirigida a todos los empleados y no solo a la trabajadora, lo que denota que tal actuación lejos está de configurar conducta de acoso laboral como lo refiere la recurrente.

Vale la pena aclarar que, siguiendo los predicamentos contenidos en la sentencia C-780 de 2007, previamente citada, para que se presuma que una conducta constituye acoso laboral debe acreditarse la ocurrencia “**repetida y pública**” de cualquiera de las circunstancias a que alude la Ley, situación que comporta una manifestación constante, sistemática y reiterada de “*agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo, y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de la relación laboral privada o pública*”, cuya consecuencia vaya focalizada a “*infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la*

*renuncia del mismo*”, situaciones que de manera palmaria no se presentan en el sub judice.

Ahora, aunque la ley 1010 de 2006, establece que *"Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral"*, este debe ser de tal magnitud que por sí solo tenga la capacidad de socavar dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales, lo que no logra extraerse del presente proceso, pues se itera, solo se cuenta con la manifestación realizada por la actora en la carta de renuncia, sin ningún elemento suasorio que de solidez a sus dichos.

Por lo anterior la Sala concluye, que la actora no cumplió con la carga probatoria que le concernía para demostrar la existencia de alguna conducta constitutiva de acoso laboral y con ello, dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 7º de la Ley 1010 de 2006, por lo tanto, al no encontrarse acreditada *la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las actuaciones enumeradas en dicha norma u otros hostigamientos que se puedan considerar como conductas configurativas de acoso laboral*, la Sala confirmará el fallo absolutorio proferido en el *sub judice* por parte del Juzgado de origen, objeto de apelación.

**5. Costas.** Costas en esta instancia a cargo de la demandante y a favor de la demandada, por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, proferida el 16 de junio del 2022, objeto de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

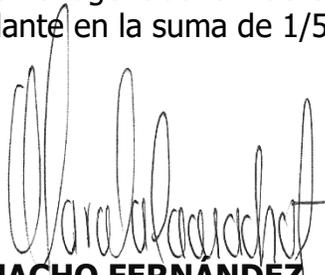


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**Costas** en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **FLOWTECH LTDA** y a cargo de la demandante en la suma de 1/5 del SMLMV, esto es, \$200.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** DUVAN ELIÉCER ROBLES BARÓN  
**Demandada:** VOLANDOALTO S.A.S.  
**Radicado No.:** 17-2020-00454-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Duvan Eliécer Robles Barón instauró demanda ordinaria contra VOLANDOALTO S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido desde el 1 de abril del 2018 al 01 de octubre de 2020. En consecuencia, se disponga a su favor el pago de los recargos nocturnos, dominicales, festivos y horas extras causadas y no pagadas de los años 2019 y 2020, la reliquidación de la totalidad de prestaciones sociales, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción por no consignación parcial de las cesantías, la diferencia salarial, el cálculo actuarial con destino a la entidad pensional, la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que inicialmente celebró un contrato verbal para trabajar como mesero desde el 01 de abril de 2018; que desde el mes de abril de 2018 se le reconoció la suma de \$35.000 por día laborado; que el 02 de mayo de 2018 fue formalizado a través de un contrato a término indefinido con una remuneración de un salario mínimo legal vigente; que en el mes de julio de 2018 fue ascendido al cargo de Segundo al Mando, laborando en la misma jornada que el gerente de punto, generando horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos; que devengaba como remuneración la suma de \$1.123.000; que desde que desempeñaba el cargo de segundo al mando recibió la suma de \$146.000 por concepto de bonificación, pero la misma no fue pactada por escrito, ni tampoco se pactó la exclusión salarial de ese concepto; que en abril de 2019 fue ascendido al cargo de Gerente de Punto de Venta; que el empleador no reconoció horas extras, ni el pago de recargos nocturnos, dominicales ni festivos, pese a que ocupaba el mismo cargo de gerente, además dentro de sus funciones se encontraba cerrar el punto de venta; que para el ascenso no se celebró ningún tipo de Otrosí; que su salario era de \$1.023.000, y la misma no aumentó con respecto a los demás gerentes de punto que devengaban la suma de \$1.453.000; que le era reconocido una suma mensual de \$423.000 por concepto de bonificación de transporte y alimentación, pero la misma no se entregada para una destinación en específico, además era habitual y permanente; que no le fue otorgada dotación; que el 14 de abril de 2020 el empleador obligó al demandante a firmar un documento de "suspensión de contrato laboral" con la supuesta promesa de que percibiría artículos de la canasta familiar, pero nunca se otorgaron; que el 04 de

mayo de 2020 se reintegró a sus funciones, cumpliendo los mismos horarios y actividades; que en la segunda quincena del mes de junio de 2020 el empleador disminuyó su salario a un salario mínimo legal, disminución que se mantuvo hasta la segunda quincena de septiembre; que el 01 de octubre de 2020 el empleador terminó unilateralmente el contrato de trabajo; que en la liquidación de prestaciones se tomó como base salarial la suma de \$1.453.000, remuneración que realmente debía percibir el demandante. (fols. 417 a 43 archivo No 2020-454).

**2. Contestación de la demanda.** Al dar respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor, aduciendo que inicialmente el actor fue contratado de manera verbal desde el 01 de abril al 01 de mayo de 2018, lapso en el que se pactó el pago de \$35.000 por turno, pero no de \$1.050.000 mensuales; que a partir del 02 de mayo de 2018 su vinculación no fue formalizada, sino que se presentó el cambio de modalidad contractual, esto es, de contrato verbal a escrito, pactándose como salario la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, además que a partir de esa fecha su cargo fue de segundo al mando y tenía la calidad de ser un trabajador de dirección, confianza y manejo, por tanto, se encontraba excluido de la jornada laboral máxima; sin embargo, los recargos nocturnos, dominicales y festivos eran pagados siempre y cuando fueran causados; que la demandada no adeuda suma alguna ni tampoco existen diferencias por reconocer; que la suma de \$423.000 no era una bonificación salarial, sino un auxilio extralegal pactado desde el 02 de agosto de 2018 y el cual no constituía salario. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes a la relación laboral, indebida solicitud de sanción moratoria por falta de pago, incompatibilidad de sanciones moratorias, indebida solicitud de reliquidación de prestaciones sociales, prescripción, compensación, y abuso y/o violación al contrato de dirección, confianza y manejo. (fols. 479 a 497 archivo 2020-454).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 22 de junio del 2022, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de inicio 1 de abril de 2018 y de finalización 01 de octubre de 2020. En consecuencia, condenó a la encartada a pagar la reliquidación de acreencias laborales, así: \$679.354 por auxilio de cesantías, \$81.523 por intereses a las cesantías, \$679.354 por prima de servicios, \$339.677 por vacaciones, la reliquidación de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, para el período comprendido entre el 2 de agosto de 2018 al 30 de marzo de 2020, sobre un ingreso base de cotización de \$1'446.600, y al pago del aporte a pensión del período comprendido del 1° de marzo al 1° de mayo de 2018, teniendo para este período como ingreso base \$1'025.000 M/Cte., valores que deberán ser cubiertos con destino a la administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A., a la cual se encuentra afiliado el demandante y a satisfacción de la entidad de seguridad social destinataria de los pagos; absolvió a la demandada de las demás pretensiones, y gravó en costas a Volandoalto S.A.S.

Para los fines que interesan al recurso, empezó por señalar que no existía discusión respecto de la existencia de la relación laboral, sino que la inconformidad radicaba en el extremo inicial de la misma, para lo cual, concluyó que de conformidad con la documental allegada, se logra demostrar la existencia de la relación laboral desde el 01 de abril de 2018 hasta el 01 de octubre de 2020, y como quiera que durante el lapso del 01 al 30 de abril de 2018 no se realizó el pago de las acreencias laborales, se procedió a impartir condena en los siguientes valores: auxilio de cesantía \$ 87.500, intereses sobre cesantías \$1.050, prima de servicios \$ 875.00 y compensación de vacaciones \$ 43.750.

Respecto a los factores que componían la remuneración del trabajador, estableció que de conformidad con el artículo 127 del CST, el denominado auxilio extralegal constituía salario, ello debido a que la demandada no logró demostrar que ese concepto se reconociera al trabajador por algún motivo distinto a la remuneración del trabajo. Además, en el interrogatorio absuelto por el representante legal de la demandada, informó que el demandante a partir del 2 de agosto 2018, pasó a desempeñar el cargo de segundo en mesas, y se le pagaba \$1.023.000 y que el auxilio extralegal se le reconoció dado que asumía más responsabilidades y que fue ascendido en mayo 2019 al cargo de administrador, reconociéndole un auxilio extralegal de \$423.600.

En ese sentido, efectuó la reliquidación de las acreencias laborales y los aportes a seguridad social en pensiones, ordenándose el reconocimiento y pago de del auxilio de cesantías por \$591.854, por intereses de cesantías \$71.023, por primas de servicios \$591.854 y por compensación de vacaciones \$295.927.

Sobre el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales festivos y horas extras, precisó que le incumbía al demandante demostrar la jornada extraordinaria y adicionalmente la actividad que cumplió en horas que fuesen acreedoras a recargo nocturno, pues frente a este punto es preciso recordar que no resulta suficiente la afirmación del trabajador, sino que tiene la carga probatoria de demostrar de manera concreta los días y horas en que prestó sus servicios más allá de la jornada ordinaria o en días de descanso obligatorio o en jornadas nocturnas. Que de las pruebas allegadas se encuentra un cuadro de turnos elaborado por el mismo demandante.

Por su parte, la parte la demandada aportó un cuadro que contiene información sobre los turnos, pero no es posible establecer a ciencia cierta cuáles fueron las horas adicionales laboradas, ya que en la columna de la casilla horas, en su mayoría se indican 24 horas, por lo que, con ese cuadro no es posible establecer de manera clara, precisa y contundente cuáles fueron las horas realmente trabajadas por el demandante.

De igual manera consideró que el actor se desempeñó como mesero por espacio únicamente de tres meses, luego se le asignó el cargo de segundo en mesa y se celebró con él un contrato a término indefinido como personal de dirección, confianza y manejo, por lo que, de conformidad con la sentencia SL15507 de 2015, estaba relevado el empleador de asumir el pago de trabajo suplementario.

En lo tocante a la diferencia salarial sobre la remuneración real del gerente de punto, manifestó que se desconoce a cuanto ascendía la remuneración de los demás gerentes de punto que prestaban servicios a la demandada, pues la parte actora no arrojó, por ejemplo, el contrato de trabajo de otro gerente de punto o algún desprendible de nómina o extracto bancario, del cual se pudiera establecer, en efecto, la diferencia que el demandante aduce en su demanda, pues la sola afirmación del actor vertida en su demanda no constituye prueba suficiente. Además, que en este tipo de establecimientos de comercio, normalmente la remuneración de los gerentes de ventas se define no solo por el tamaño del punto de venta, sino también por otros factores como la ubicación, la misma antigüedad del trabajador y otros factores que por el hecho de ser establecidos por el empleador, no constituyen ni una vulneración de derechos ni un desconocimiento de las garantías de los trabajadores.

Frente a la indemnización moratoria y sanción por no pago del auxilio de cesantías, manifestó que no se encuentra elementos de juicio para concluir que en el actuar del empleador se dio en un interés de desconocer o burlar los derechos del demandante, ya que si bien se logró determinar la necesidad de reajustar unas a creencias sociales,

ellos no significa que el empleador hubiese incurrido en alguna causal que ameritara la imposición de esta sanción, aunado a que existe material probatorio que informa acerca del pago de las cesantías del año 2018, el cual fue realizado el 15 de febrero de 2019, por valor de \$626.033; del año 2019, se observa el pago 14 de febrero de 2020, por valor de \$1.405.417, y en la liquidación final del contrato se aprecia el reconocimiento y pago de las cesantías causadas por el año 2020, y los demás conceptos debidos por terminación del contrato, lo que lleva a concluir que el empleador cumplió con la obligación de consignar lo que debía o lo que creyó deber al momento de la terminación del contrato, por lo que no hay lugar entonces a imponer las sanciones moratorias. Adujo que tampoco procede la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que en esta instancia se estableció fue una falta de pago por un valor realmente ínfimo, que no ameritaría imponer esa sanción que se reclama.

De otro lado, se solicita que se condene a la reliquidación de la indemnización por terminación de contrato; sin embargo, manifestó que por ese concepto se reconoció la suma de \$2.809.133, por lo que, no hay lugar a imponer condena por reliquidación.

Frente al cálculo actuarial de los aportes a pensión, ordenó la reliquidación o corrección del ingreso base de cotización de los aportes para los períodos del 2 de agosto 2018 hasta el 30 de marzo 2020, sobre un ingreso base de cotización de \$1.446.600, con destino a Colfondos S.A. entidad donde se encuentra afiliado el demandante. Preciso que se toma este extremo de final de la condena (30 de marzo 2020), teniendo en cuenta lo ocurrido por el COVID-19, situación que fue de conocimiento público y en razón de la cual se hizo necesario el cierre de establecimientos de comercio que como el de la demandada, ofrecían el servicio de expendio de comidas, los cuales no pudieron continuar desarrollando su actividad mercantil. Además, el cierre de los establecimientos y en general de la actividad empresarial para la mayoría de la economía del país se dio por orden del Gobierno Nacional y local, por lo que es claro que la actividad del establecimiento de la demandada no pudo continuar desarrollándose y en esa medida, el cierre del establecimiento y la suspensión del contrato y la posterior disminución del salario del trabajador se encuentra debidamente justificada. Dijo que esa situación era conocida por el trabajador, quien fue consciente de esa situación y en el interrogatorio que absolvió aceptó que la suspensión del contrato fue necesaria, pues en su caso particular la actividad laboral propia de su cargo, no podía ser desarrollada desde su casa, por lo que sin duda se imponía esa suspensión del contrato.

Finalmente, se refirió a la excepción de prescripción, indicando que la terminación del contrato de trabajo fue el 1 de octubre de 2020, y a demanda se presentó el 16 de diciembre de 2020, es decir, dentro de los tres años de que trata el artículo 151 del CPTSS, razón por la cual se desestima este medio exceptivo. (Folios. 632 y 633 proceso 2020-454 con audiencia virtual)

#### **4. Impugnación y límites del ad quem.**

**4.1. Recurso de apelación de la demandante.** Formuló recurso de apelación argumentando que, ciertamente se logró demostrar que el trabajador era de dirección, confianza y manejo, sin embargo, no puede dejarse de lado que la misma norma laboral y la jurisprudencia ha determinado, como lo determinó también el juez, que esto no anula como tal el pago de recargos dominicales y nocturnos; que los horarios allegados por el demandante deben tenerse en cuenta, ya que fue el mismo extremo demandado quien determinó que efectivamente eran los gerentes los que hacían los horarios, o quienes organizaban realmente los horarios; que la planilla de turnos allegada por la pasiva debe también tenerse en cuenta, ya que no es cierto que no sean determinables,

ya que el rol de dirección, confianza y manejo, ni quita, ni pone, debiéndose reconocer los recargos nocturnos y los dominicales, los cuales son perfectamente tasables con la información allegada por la demandada; que de conformidad con los comprobantes de nómina y los cuadros de horas, se logró demostrar que por concepto de recargos nocturnos, se adeudaban la suma de \$658.977 entre 2018 y 2020. Asimismo, lo que corresponde al dominical se adeudaba como tal \$6.477.268 pesos, y ello fue calculado con la base de datos que aportó la demandada y frente a la cual se le brindó toda la legalidad pertinente; que debe hacerse un estudio del fondo para determinar la procedencia de los recargos, tanto nocturnos como dominicales; que frente a la igualdad salarial, aduce que debe prosperar, ya que fue el mismo extremo demandado, quien declaró que efectivamente el salario de un gerente correspondía a la zona que se indicó en el escrito de demanda y de contestación, además ello no puede bajo ningún escenario ser un acto de buena fe, y le correspondía la carga de la prueba al empleador, quien omitió demostrar y derruir la presunción, ya que la parte demandante sí probó la existencia de un trato diferencial, el cual como gerente devengaba menos que un gerente normal; que sí operó la mala fe, ya que existiendo circulares que son ilustrativas para los empleadores, como la circular No 22 y 23 respecto a la pandemia, aquellas mencionan cuáles eran las medidas para poder frenar la pandemia, lo que no se tuvo en cuenta por el empleador, e indistintamente que la suspensión fuera de 24 días, ello no acredita la buena fe, además no puede hablarse que es de buena fe la disminución del salario en el mes de julio, máxime si el CST establece que los trabajadores no tienen por qué entrar a soportar directamente las pérdidas del establecimiento; que las circulares determinaban que podían dar vacaciones anticipadas, pagar salarios y prestación del servicio, es decir, podían "hacer mil cosas" que omitieron, por lo que, si bien el COVID, es un tema que tomó a todos por imprevisto, o sea, fue algo que no estaba planeado, no es menos cierto que el mismo Ministerio estableció que ello no era una fuerza mayor; que a pesar de que se ofrecieron beneficios para que supuestamente aceptarían las suspensiones y las disminuciones del salario, ello no fue cumplido, además no se allegó prueba de que efectivamente se había cumplido, desconociendo que los derechos laborales no son transigibles, los derechos laborales son ciertos y son irrenunciables; que la actividad de establecimientos continuó para domicilios y para eso si se necesitaba un administrador; que debe proceder la indemnización del artículo 65 del CST, pues no es de recibo que el empleador, sabiendo cómo tenía que hacer las cosas, decidió que en abril de 2018 no pagaba sus obligaciones, pero que en mayo sí; que no es de buena fe que se presentara un contrato de trabajo diligenciado en letra un valor de \$906.000, el cual no aparecían por ningún lado en los comprobantes de pago; que no es de buena fe la negativa constante a aportar los soportes de las horas extras, porque solamente hasta la orden del juez es cuando evidentemente entra a aportarse y el cual, a diferencia del despacho, si permiten realizar los cálculos; que la sola mora de las condenas que declaró el juez demuestran la mala fe por parte del demandado; que debe prosperar la sanción del artículo 65 del CST, así como la de no consignación de cesantías, teniendo en cuenta que no se tuvo en cuenta la totalidad de factores que el mismo juez declaró; que sí el despacho está declarando que efectivamente eran salariales los auxilios extralegales, no se puede evidenciar la buena fe en ese actuar, lo que hay es un irrespeto total para las garantías y la dignidad del demandado; que debe ordenarse el reajuste a aportes de Seguridad Social, y que sea reajustada la indemnización, por qué esos 24 días no fueron tenidos en cuenta.

**4.2. Recurso de apelación de la demandada.** En su alzada expuso que no se hizo referencia a la excepción de compensación que se formuló en la contestación de la demanda, la cual quedó absolutamente demostrada, es decir, todos los pagos que se le hicieron al trabajador, entre ellos sumas adicionales que fueron recibidas por el

trabajador sin que este los mereciera o los devolviera o tan siquiera mencionara o solicitara a Volando Alto una aclaración respecto de los mayores valores que a este se le estaban consignando; que se estudie nuevamente el auxilio extralegal ya que fue debidamente pactado entre las partes y que el mismo trabajador reconoció su aceptación al firmar los contratos; que el trabajador sabía perfectamente su salario y el auxilio extralegal; que aun estando de acuerdo con la indebida solicitud de sanción moratoria por falta de pago, no hay lugar a ella, ya que la reliquidación no da lugar a una sanción por mora; que frente al contrato iniciado el 01 de abril de 2018, efectivamente obedeció a un contrato verbal que le está ampliamente permitido por la ley; no obstante, a pesar de estar de acuerdo con lo decido por el juez, debe tenerse en cuenta que tal contrato fue reconocido por el demandante y además totalmente aceptado por el testigo e inclusive por la demandada; y que el juez no se pronunció sobre la tacha del testigo Andrés.

## **5. Alegatos de conclusión.**

**5.1 Demandante.** En la oportunidad legal presenta alegatos de conclusión solicitando que se mantengan las condenas impuestas, pero que se revoque en lo que no se accedió en la primera instancia y se reconozca las pretensiones objeto de apelación.

**5.2 Demandada.** Presenta alegatos de conclusión manifestando que no se acojan los argumentos de la parte demandante, y en su lugar se exonere o absuelva a la demandada de todas las suplicas impetradas por el actor.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación y Principio de consonancia.** Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El actor es acreedor al reconocimiento económico del trabajo suplementario, dominical y festivo?
- (ii) ¿El salario del actor debe nivelarse con el salario devengado por quienes ostentaban la calidad de gerentes?
- (i) ¿El pago de "auxilio extralegal" pactado entre las partes constituye salario en los términos del artículo 127 del CST?
- (ii) ¿Le asiste derecho a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990?
- (iii) ¿Operó en legal forma la suspensión del contrato de trabajo?

**2. Contrato de trabajo, salario y sus extremos.** Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, y los cargos ocupados por el actor. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda,

sino, además, corroboradas con el contrato de trabajo (fols. 498 a 506), comunicación de terminación del contrato de trabajo (fol. 587), liquidación de prestaciones sociales (fol. 585) y certificación laboral (fol. 589).

**3. Trabajo suplementario.** El señor Duvan Eliécer Robles Barón pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario, dominical y festivo que aduce ejecutó y, en tal virtud, se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, dada la citada incidencia salarial. Petición a la que no se accedió en primera instancia, al no encontrarse demostrada, en tanto que aquel no allegó elemento de convicción que conlleve a su reconocimiento.

Perfilado así el debate que llama la atención de la Sala, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone al actor probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.<sup>1</sup> (Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53)

Bajo ese contexto, la Sala de entrada advierte que la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras y en festivos y dominicales, adolece de la precisión requerida, en tanto que no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó, conclusión a la que se arriba, luego de examinar el haz probatorio que deja en evidencia la falta de esa prueba diáfana, precisa y clara de que trata la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que fueron allegados como medio de convicción unos cuadros o relación de horarios (Fols. 35 a 252), aportados por el demandante, sin que pueda establecerse que tal documental provenga de la demandada, es decir, no puede

<sup>1</sup> "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas">

pretender el actor esculpir su propia prueba para obtener condena por trabajo suplementario, y si bien, el testigo Andrés Felipe Rodríguez Puentes manifestó que el gerente del punto era quien organizaba los horarios, ello no conlleva a que los cuadros o relación de horarios aportados por el actor deban validarse o darle efectos de plena prueba como lo sostiene la recurrente, pues no se demostró que aquellos documentos hayan sido expedidos por la demandada, es más ni siquiera tienen su membrete, razón por la cual, no pasa de ser un legajo creado y aportado por la misma parte, el cual carece de valor probatorio para los fines perseguidos. Ahora, si bien afirma el accionante que dentro de sus actividades estaba la de efectuar la relación de horarios, no es posible admitir como plena prueba el documento elaborado respecto de sus propios horarios, ya que debía en ese evento demostrar que en efecto aquella constituía una función a la luz de los procedimientos internos exigidos, y que constituía el soporte que se le exigía como trabajador debidamente radicado ante el empleador, pero nada de eso se demuestra, aspecto que conlleva a desestimar tal documental y por ende el recurso de alzada en este tópico.

Ahora, se hace referencia al cuadro de Excel allegado por la parte pasiva, rotulado como "horas- trabajas- DuvanRobles-2018- enero 31-2022", frente al que razón le asiste al a quo en sus consideraciones, pues si bien contiene casillas con el nombre del trabajador, el día, hora de entrada, hora de salida, días y horas; empero, en la gran mayoría de casillas en la hora de entrada se referencia el día, es decir la fecha, y en total de horas se enuncia "24", lo que genera total incertidumbre del trabajo suplementario, y de contera no permite acreditar con exactitud su número, siendo que al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, y en ese orden, a tal prueba no puede dársele la connotación de ser diáfana, precisa y clara.

Igualmente, en otras casillas se repiten los días y no coincide el número de horas en cada una de las casillas, aspecto que tampoco permitiría tener certeza cuál de las casillas o relación de horas se deben tener en cuenta en una eventual liquidación, y por ende, se incumple lo que exige la Corte en estos eventos, esto es, que la prueba del trabajo suplementario debe ser de una exactitud verificable, sin que pueda el juzgador adentrarse a realizar suposiciones o conjeturas al respecto.

Asimismo, se pregona en el libelo introductor el trabajo suplementario de dominicales y festivos, pero de la relación allegada por la demandada no se puede extraer tal información, por lo que no puede el juzgador suponer o entrar a verificar día por día cuales constituyen dominicales o festivos, pues ello era de resorte de la parte activa, y de ninguna manera se puede suplir tal inactividad con lo expresado en el recurso de alzada, de que allegaría la relación en la segunda instancia, pues se le recuerda a la parte activa que la alzada no constituye oportunidad procesal para solicitar pruebas, ni para controvertirlas, pues debió en el momento procesal oportuno de su decreto y práctica, sustentar su inconformidad con la relación de horarios presentado por la demandada y solicitar bien sea su complementación o la corrección de los reportes que aduce no concuerdan, pero no pretender subsanar aquello en el trámite de la segunda instancia. Aquí debe precisarse que si bien la parte actora en la audiencia del 21 de abril de 2022 (Fols. 630 con audiencia virtual) realizó pronunciamiento frente a tal documental, el juez dio por cumplida la carga procesal a cargo de la parte demandada, sin que la activa haya manifestado inconformidad al respecto.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que no es objeto de controversia y así fue aceptado por el propio demandante, que ejerció un cargo de dirección, confianza y manejo, al igual que aquello se encuentra acreditado con el contrato que milita a folios

502 a 506, lo que no le permite a la Sala entrar a verificar si aquel contrato correspondió o no a su finalidad; sin embargo, en lo que interesa para efectos del recurso de alzada, es que ciertamente tales trabajadores están excluidos de la jornada máxima legal según y conforme lo establece el artículo 162 del CST, y por ende no devengan aumentos por laborar en jornada suplementaria o de horas extras, pero si tienen derecho a *"la remuneración legalmente establecida por recargo nocturno, pues es una regla de interpretación de la ley que las normas que establezcan restricciones o excepciones no son aplicables por analogía"* (CSJ-SL, Rad. 40016 de 2012).

En ese sentido, si bien puede proceder el recargo nocturno en tratándose de contratos de dirección, confianza y manejo, se hace imposible su cálculo por lo dicho en precedencia frente a que la prueba no es diáfana, precisa y clara conforme los postulados de que trata la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto.

De suerte que al carecer este Sala de los elementos de prueba idóneos para establecer el valor del trabajo suplementario que quedó insoluto, esto es, qué número de horas pudo haber servido el demandante y en qué jornada, y cuáles dominicales y festivos prestó servicio, conlleva indefectiblemente a determinar que no se probó salario superior.

**4. "Auxilio extralegal" como salario.** Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra *"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"*.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de las sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, pueden ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, los cuales no pueden excluirse de su naturaleza salarial por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer cláusulas globales

o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"* (SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos"*, ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario"*, y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado entre las partes.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión **(SL7820/14)**. Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09)**.

Descendiendo al sub examine, en efecto la Sala se aviene a los discurrecimientos del cognoscente de instancia, con base en los siguientes razonamientos.

A folio 505 obra el contrato de trabajo suscrito entre las partes, en la que se dice textualmente:

*"DÉCIMA- EL EMPLEADOR otorgará un auxilio extralegal mensual en dinero, Dicho auxilio, aunque será de carácter habitual, es de naturaleza extralegal y sobre estas las partes disponen que no constituye salario, teniendo que dichos valores no tienen el sentido de enriquecer, aumentar o ingresar al patrimonio del trabajador, sino que es para ayudar en la alimentación, habitación o vestuario del trabajador, según el art. 128 del C.S.T.*

- *Bono mensual de Alimentación o Vestuario por \$211.800.*

*Las partes acuerdan que las sumas así recibidas, no se tendrán en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales ni para la liquidación y pago de la seguridad social, ni aportes parafiscales, pues como se dijo anteriormente, estos no constituyen salario y podrá ser revocado en cualquier momento por el EMPLEADOR, ya que se entiende como un auxilio extralegal y voluntario para la mejor prestación del servicio".*

Igualmente, en los comprobantes de pago de nómina obrantes a folios 561 a 584 se detalla el concepto de "Aux Extralegal"; sin embargo, baste con decir que fue el representante legal de la enjuiciada Carlos Andrés Rojas Montoya, quien confesó ante la pregunta *¿Y un auxilio extralegal consistente en qué y para qué, con qué propósito?* que *"El propósito es que como es un cargo de responsabilidades adicionales a las que ya traía como mesero, ese auxilio extralegal se da con objeto de reconocer esas responsabilidades adicionales"*. Igualmente, manifestó que ese auxilio correspondía a la suma de \$423.600.

Así las cosas, nótese que con el dicho del representante legal desvanece lo consignado en el contrato de trabajo, pues el objeto o finalidad del auxilio extralegal no lo fue para *"ayudar en la alimentación, habitación o vestuario del trabajador"*, sino que retribuye

o remuneraba de manera directa la actividad que realiza el asalariado, pues al otorgarse con el objetivo de "*reconocer esas responsabilidades adicionales*" se está desnaturalizando su origen y finalidad y necesariamente tiene incidencia salarial, ya que fue otorgado por el desempeño del cargo y por aumento de sus responsabilidades.

De otro lado, si bien la cláusula contractual estipula que el auxilio extralegal no tiene incidencia salarial, ello no da pie para que el empleador arrope en ese concepto lo que en realidad sí remunera de manera directa la prestación del servicio, el cual a la luz de lo establecido en el artículo 127 del CST constituye salario.

De igual manera, nótese que una de las características de los beneficios no salariales es que deben tener destinación específica, lo que no ocurre en el sub examine, ya que como se dijo, según el contrato era para "*alimentación, habitación o vestuario del trabajador*"; empero, según el dicho del representante legal lo era para "*reconocer esas responsabilidades adicionales*", es decir, no se demuestra que en efecto esa destinación específica haya sido para lo que se pactó en el contrato, al contrario se confesó que lo era por el desempeño y asunción de responsabilidades en el cargo de segundo en mesas o gerente de punto.

En lo que respecta a la tacha del testigo Andrés Felipe Rodríguez, como lo solicita la recurrente en la alzada, acota esta Sala que el juez de primer grado no edificó el contenido de la decisión con los dichos de tal testigo, por lo que por sustracción de materia nada habría que decirse al respecto, y en gracia de discusión, por el hecho de que el testigo sea compañero de trabajo y adelante un proceso contra la entidad aquí demandada no hace prospera la tacha, pues sus relatos fueron contestes y no se evidencian contradicciones, pues narró circunstancias acerca de cómo se desarrolló la relación laboral al interior de la demandada, siendo aquel compañero de trabajo del demandante, y que a la postre se itera, en nada cambia o modifica la decisión tomada en la primera instancia en relación con este punto.

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia en lo que respecta a la incidencia salarial del "auxilio extralegal", indicando desde ya que la orden impartida respecto a los reajustes en las aportaciones al fondo de pensiones con el salario realmente devengado también debe confirmarse, pues tales aportes son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015.

**5. Nivelación Salarial.** Para resolver el problema jurídico, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7º de la ley 1496 del 2011, es del siguiente tenor:

*"1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*

*2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales*

*3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación"*

Al respecto, la jurisprudencia resulta ilustrativa para entender los alcances de la enunciación legal y para el efecto en la sentencia SL3165-2018 con radicado 69663 del 25 de julio de 2018, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia indicó: *"la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia. (...) Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011, la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva"*

Del mismo modo, en sentencia SL5464-2015, que trajo a colación la sentencia SL 24272, 10 jun. 2005, en la cual la Alta Corporación precisó: *"es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc"*.

En providencia reciente (SL1662-2021) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citando las anteriores providencias y la línea jurisprudencial sobre este tópico establece que a la nivelación salarial puede arribarse por dos caminos, el primero por condiciones de eficiencia, en la que *"al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado"*, y el segundo, cuando existe un escalafón que fija salarios para determinado cargo, evento en el cual *"basta probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral"*.

Y concluye la Corte citando la sentencia SL14349-2017, para decir que en relación con la carga de la prueba que:

*"Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, **en todo caso al trabajador le corresponde probar** el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación". (Negrilla fuera del texto)*

Conforme a los presupuestos legales y jurisprudenciales señalados, la Sala advierte que la razón está del lado del cognoscente de instancia, pues la parte actora pretende la nivelación salarial al cargo de Gerente de Punto, ello en virtud de que fue su último cargo.

Nótese que, en efecto a folio 34 del diligenciamiento obra una certificación laboral expedida por VolandoAlto SAS en la que se constata que el demandante se desempeñó en la compañía desde el 02 de mayo de 2018 hasta el 01 de octubre de 2020 como Gerente de Punto, pero con esa sola probanza no se abre camino a la nivelación salarial pretensa, esto es, a establecer que su asignación salarial debía ser de \$1.453.000 como fue reportado en la liquidación final de prestaciones, por las siguientes razones.

En primer término, si debiéramos entender que la nivelación salarial no es por condiciones de eficiencia, antigüedad u otros aspectos, debía la parte actora, además de allegar la citada certificación y liquidación final de prestaciones, arrimar la escala salarial o como lo

dice la Corte, el escalafón de salarios que corresponde al cargo de Gerente de Punto, y tal probanza bien podía haberla solicitado al empleador y añejarla al proceso, pero ello no aconteció, razón por la cual, no puede la Sala entrar a fulminar condena bajo supuestos teniendo como salario del cargo de Gerente de punto el que esgrime el actor en el libelo genitor de \$ 1.453.000.

Ahora, en este punto si bien se allega por la encartada a folio 509 una tabla en la que se reporta el lista de algunos funcionarios, el cargo y el salario, ello no conduce a la prosperidad del pedimento, dado que allí se enuncia el cargo de gerente de servicio y no de punto, y en todo caso no se trata del escalafón de cargos y salarios de manera general, sino se trata de un listado de trabajadores con el cargo y salario, es decir, no se puede inferir de allí que el salario devengado por el gerente de servicios se asimile al de gerente de punto, y mucho menos que lo devengado por la persona que ostenta el cargo de gerente de servicios sea la asignación que devenguen todos los gerentes de servicios que pueda tener el empleador.

En este punto debe tenerse en cuenta lo dicho por la testigo Angie Julieth Cruz Cortés, quien laboró en la entidad y manifestó que fue la persona encargada de capacitar al actor para que sea su reemplazo como gerente de punto, quien además indicó que el salario del gerente de punto era de \$1.023.000, y que no todos los gerentes devengaban lo mismo, pues *"había un gerente que fue el que me trajo, el por antigüedad remuneraba más y por marca, por franquicia"*. Dichos que conllevan aún más a desestimar las suplicas del actor, dado que no puede pretenderse que solo por el hecho de que en la liquidación final de prestaciones se haya colocado como salario la suma de \$1.453.000, ello haya sido el salario que corresponde para todos los gerentes de punto, pues sobre tal aspecto la demandada evidenció que se cometió un error, y por ende, a folio 558 hizo un cálculo de lo que "se pagó de más", aspecto que reafirma la postura absolutoria del a quo, ya que no puede desprevenidamente como lo pretende el actor que se tome en cuenta una asignación salarial a título de nivelación del cargo que en realidad no corresponde o que de las probanzas allegadas no se puede determinar con grado de certeza que el salario de gerente de punto al interior de la entidad haya sido para todos el de \$1.453.000.

Ahora, si lo reclamado es que se nivele el salario a lo que devengaba otro gerente de punto, también tal pedimento va al fracaso, pues aquí se estaría frente al evento en que la Corte menciona como criterio de eficiencia, y para ello, se requiere hacer el parangón entre el demandante y algún otro trabajador que devengará \$1.453.000, pero nada de ello se demuestra, pues no se cuenta con los parámetros para efectuarlo, esto es, antigüedad de cada uno, formación académica, experiencia, entre otros factores. Tal como lo menciona la Corte y se extractó al inicio de esta providencia, no se *"aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva"*, y en consecuencia, ante la orfandad probatoria sobre este tópico, la Sala habrá de impartir confirmación de la sentencia de primer grado, quien en apego jurídico absolvió a la sociedad demandada de esta suplica.

**6. Suspensión del contrato de trabajo.** Establece el artículo 51 del CST que el contrato de trabajo se suspende, entre otras causales *"1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución"*; y el artículo 53 ibídem señala que *"Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones"*.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL7459-2017, reiterada en la SL3169 de 2018, SL3401 de 2020 y recientemente en la SL1073 de 2021, tiene adoctrinado que:

*"...En ese sentido lo primero que debe advertirse es que la fuerza mayor debe tener un carácter de imprevisible, es decir que en condiciones normales sea improbable la ocurrencia del hecho en las labores ordinarias que se contraten, al punto que la frecuencia de su realización, de haberse contemplado, sea insular y en ese sentido pueda predicarse sobre su carácter excepcional y por tanto sorpresiva.*

*Además de tal criterio, es evidente que el hecho debe ser irresistible, pese a que el empleador haya intentado sobreponerse tomando todas las medidas de seguridad en el trabajo, en últimas significa la imposibilidad de eludir sus efectos por lo intempestiva e inesperada, de ahí que no tenga ese carácter cuando aquel ha podido planificarlo, contenerlo, eludir o resolver sobre sus consecuencias, pues la exoneración de la responsabilidad por la fuerza mayor impone que, como carácter excepcional, esta sea de una magnitud y gravedad que no suceda habitualmente ni sea esperable, pero además, se insiste, tenga un carácter de inevitable..."*

Así también se ha dejado expuesto en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que modificó el Código Civil, en el cual *"se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*

Ahora, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-279 de 2021, al referirse al tema de la suspensión de los contratos de trabajo a causa de la pandemia del COVID 19, expresó que en efecto en ciertos sectores de la económica la suspensión de los contratos tuvo como causa un hecho de fuerza mayor, tal como aconteció en el caso particular con el sector transporte, analizado en esa providencia, y de la cual, también se puede extraer que en cada caso debe analizarse si la fuerza mayor constituye un hecho imprevisible, irresistible y temporal.

Así mismo adoctrina que *"no todo acto de autoridad que impida el desarrollo ordinario de las actividades de una empresa puede ser considerado per se como un hecho fuerza mayor que habilite la suspensión de los contratos de trabajo en los términos del artículo 51.1 del C.S.T. Para que un acto de una autoridad pueda calificarse de fuerza mayor o caso fortuito, debe impedir, de forma específica, la ejecución del objeto del contrato de trabajo que se suspende, lo cual debe ser analizado a la luz de todas las circunstancias concretas del caso"*.

Igualmente, hizo referencia a las resoluciones expedidas por el Ministerio del Trabajo relacionadas con las medidas que se debían adoptar en materia laboral, de la siguiente manera:

*"Desde el inicio de la emergencia sanitaria, el Gobierno nacional implementó una serie de acciones para mitigar los impactos de la crisis sobre el mercado laboral. En primer término, el Ministerio del Trabajo, a través de la Circular 021 del 17 de marzo de 2020, presentó las medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención del coronavirus SARS-COV-2 y la consecuente declaración de emergencia sanitaria. En dicha circular, la cartera ministerial presentó lineamientos que podían ser considerados por los empleadores del país "con el fin de proteger el empleo y la actividad productiva". Dentro de las medidas recomendadas se encontraban: (i) el trabajo en casa<sup>2</sup>; (ii) el*

---

<sup>2</sup> En la circular referida se aclaró que esta no es una forma de teletrabajo y no debía someterse a la regulación especial para dicha modalidad laboral. En tal sentido, se mencionó que el trabajo en casa se plantea como una alternativa viable para prestar el servicio en el marco de la emergencia sanitaria, la cual se consideró ante una situación ocasional, excepcional y temporal, que se enmarca en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales en la actual emergencia sanitaria.

*teletrabajo<sup>3</sup>; (iii) la jornada laboral flexible<sup>4</sup>; (iv) las vacaciones anuales, anticipadas y colectivas<sup>5</sup>; y (v) los permisos remunerados<sup>6</sup>. Posteriormente, mediante la Circular 033 del 19 de abril de 2020, el Ministerio del Trabajo puso "de presente mecanismos adicionales que poseen los empleadores para proteger el empleo". Estas alternativas incluían (i) la licencia remunerada compensable<sup>7</sup>; (ii) la modificación de la jornada y concertación del salario<sup>8</sup>; (iii) la modificación o suspensión de beneficios extralegales<sup>9</sup>; y (iv) la concertación de beneficios convencionales<sup>10</sup>"*

Bajo el anterior panorama, debe tenerse en cuenta que a través del Decreto 417 de 2020 se declaró el "Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica" en todo el territorio nacional, y mediante Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio a partir del 25 de marzo de 2020, inicialmente hasta el 13 de abril de 2020, extendiéndose de manera posterior y sucesiva por lo menos hasta el 01 de septiembre de 2020 a través de los Decretos 531, 593, 636, 689, 749,847, 878 y 1076 de 2020.

En lo que concierne al sector económico de los restaurantes debe tenerse en cuenta que a través de Resolución No 0453 del 18 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, resolvió "Adoptar como medida sanitaria preventiva y de control en todo el territorio nacional, la clausura de los establecimientos y locales comerciales de esparcimiento y diversión; de baile, ocio y entretenimiento (...). Parágrafo 1. Los establecimientos y locales comerciales a que alude el presente artículo que prevean en su objeto social la venta de comidas y bebidas, permanecerán cerrados al público y solamente podrán ofrecer estos servicios a través de comercio electrónico o por entrega a domicilio para su consumo fuera de los establecimientos atendiendo las medidas sanitarias a que haya lugar".

Y, solo a través de la Resolución No 666 del 24 de abril de 2020 se adoptó el protocolo general de bioseguridad, y a través de Resolución No 749 del 13 de mayo de 2020 se adopta el protocolo específico para el sector comercio y de alimentos, entre otros.

Lo anterior conlleva a establecer que en efecto el decreto de la emergencia sanitaria de COVID 19 en el sector comercial, en particular para los restaurantes, fue un hecho imprevisible, ello en la medida en que la demandada no contaba con la capacidad para prever que el COVID 19 implicaría una interrupción normal de su actividad, ya que a través de Resolución No 0453 del 18 de marzo de 2020 se ordenó el cierre de su actividad al público, y si bien se permitió su ejercicio a través del comercio electrónico

<sup>3</sup> Esta modalidad de prestación de servicios requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 1221 de 2008 y en el Decreto 1072 de 2015.

<sup>4</sup> En la circular referida se indicó que el empleador tiene la facultad de reducir o ampliar la jornada laboral establecida dependiendo de las necesidades especiales del servicio, pudiendo optar por turnos sucesivos que evitan aglomeración de trabajadores en sus instalaciones en una misma jornada laboral y en los sistemas de transporte masivo, facilitando la continuidad del empleo y de la actividad productiva.

<sup>5</sup> En la circular 021 del 17 de marzo de 2020 se indicó que empleador y trabajador pueden acordar otorgar el periodo de vacaciones anticipadas en cualquier tiempo, sin que sea necesario cumplir con el preaviso de 15 días del artículo 187 del CST.

<sup>6</sup> La circular hizo referencia a la posibilidad que tiene el empleador de solicitar al trabajador que no preste sus servicios, continuando con el pago del salario, de acuerdo con lo señalado en el artículo 140 del CST.

<sup>7</sup> Bajo esta figura, se planteó la posibilidad de que el empleador continúe pagando la remuneración habitual con cargo a derechos futuros, previo acuerdo con el trabajador.

<sup>8</sup> La circular menciona la facultad que tienen empleador y trabajador de revisar las condiciones del contrato de trabajo cuando sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, en virtud del artículo 50 del CST. Específicamente, se mencionó la posibilidad de concertar la modificación del salario y la jornada laboral.

<sup>9</sup> Esta alternativa se refiere a los beneficios no constitutivos de salario que el empleador entrega por mera liberalidad al trabajador.

<sup>10</sup> Esta opción planteó la posibilidad de modificar temporalmente de manera concertada los beneficios extralegales pactados mediante una convención colectiva del trabajo o pacto colectivo del trabajo.

y domiciliario, no todas las empresas estaban preparadas para ello, razón por la cual, como la medida fue adoptada por las autoridades públicas se considera también que constituye un acto de autoridad que configura la fuerza mayor. Adicionalmente, lo anterior deja entrever que se estuvo ante un acto irresistible, pues las ordenes provienen del Gobierno Nacional y del Ministerio de Salud y Protección Social que debían acatarse y por ende daban lugar a interrumpir su operación normal.

Ahora, en punto al caso concreto del actor, de los dichos de aquel en el interrogatorio de parte se logra extraer serias confesiones al respecto y que dan cuenta que la entidad demandada siguió los lineamientos del Ministerio del Trabajo, pues dijo lo siguiente:

*"Cuando llegó la pandemia, como todos lo sabemos, fuimos a la casa a guardarnos y cerramos los establecimientos. Una o dos semanas después se programó una reunión donde el señor Andrés nos manifiesta la gravedad del asunto y que para nadie es un secreto de que una empresa no puede sobrevivir bajo esas circunstancias por lo cual nos obliga prácticamente y nos dice como, necesitamos congelar los contratos ya que si ustedes quieren volver a una compañía cuando termine la pandemia y quieren tener su trabajo seguro pues necesito que firme ese documento por lo cual pues sino firmaba el documento pues no van a tener donde volver entonces en esas circunstancias no teníamos más opción que firmar o firmar bajo una condición pues que nos iba a dar un auxilio como de 100.000 pesos en canasta familiar que pues en ese momento yo decía pues es lo que necesitamos en la actualidad para sobrevivir, simplemente tener salud y tener que comer entonces pues es más que suficiente pero pues tampoco llegó esa bonificación.*

**Pregunta:** *Antes de firmar el contrato de acuerdo de suspensión por mutuo acuerdo ¿usted salió a disfrutar vacaciones?*

**Respuesta:** *Pero mucho antes de llegar a la pandemia, sí, yo pedí mis vacaciones en enero y cuando llego la pandemia pues, básicamente para poder cumplir la mitad de la suspensión dieron unas vacaciones porque bueno ya había cumplido el periodo pero antes de pandemia si yo ya había tenido vacaciones, claro.*

**Pregunta:** *Informe por favor si las actividades que usted realizaba como gerente de punto había podido realizarlas desde su casa o a través de trabajo remoto o teletrabajo o trabajo en casa".*

**Respuesta:** *No, ninguna de las actividades podía realizarlas desde la casa porque pues era un restaurante lo cual necesitaba mi presencia*

**Pregunta:** *¿Informe por favor si después de que paso o se estabilizó un poco la situación de la cuarentena o la pandemia usted fue nuevamente llamado a laborar por parte del señor representante legal de la empresa?*

**Respuesta:** *Yo duré un mes en la casa, mes y medio aproximadamente encerrado por temas de pandemia, luego volví al establecimiento a trabajar bajo términos de pedidos para llevar o domicilios únicamente por medio de plataformas donde bueno, aunque no me lo pregunto ahí las condiciones cambiaron salarialmente".*

Bajo ese horizonte, como la suspensión del contrato se dio entre el 14 de abril de 2020 y el 04 de mayo del mismo año, fechas para las cuales no tenía periodos pendientes de vacaciones y aunado a eso la suspensión no fue desde que empezó la pandemia, sino aproximadamente un mes después, en la que estaba vigente la orden de cierre al público de los establecimientos de comercio, sin que pudiera realizarse la actividad del actor a través del teletrabajo o trabajo remoto como el mismo lo manifestó, se puede concluir que la suspensión del contrato no fue arbitraria, ni tampoco desconoció las recomendaciones del Ministerio del Trabajo como lo sostiene el recurrente, ya que

como lo dice la Corte Constitucional son "*lineamientos que podían ser considerados por los empleadores*", y que en el caso concreto con el dicho del actor en el interrogatorio se encuentran acreditados, pues a juicio de la Sala el que el accionante haya confesado que su actividad no se podía desarrollar a través de teletrabajo o trabajo remoto, marca en sí la justificación de la suspensión de su contrato, pues para dicha data aún no se había emitido la Resolución No 666 del 24 de abril de 2020 que adoptó el protocolo general de bioseguridad, menos la Resolución No 749 del 13 de mayo de 2020 que adoptó el protocolo específico para el sector comercio y de alimentos, siendo además que la suspensión del contrato fue por corto tiempo, ya que el 04 de mayo de 2020 se reintegró a laborar, ejerciendo la demandada su actividad a través de la modalidad de pedidos y domicilios, aspecto que denota que el empleador a pesar de la emergencia sanitaria dio continuidad al vínculo laboral.

Ahora, debe tenerse en cuenta que la alzada referida en este punto es confusa, ya que se sostiene por el recurrente que el empleador obró de mala fe al suspender el contrato, lo que a su juicio da lugar a la prosperidad a las indemnizaciones pretendidas, aspecto que considera la Sala es equivocado, ya que la buena o mala fe del empleador de cara a la indemnización por falta de consignación de las cesantías e indemnización moratoria por falta de pago de las prestaciones sociales se estudia bajo otros presupuestos como más adelante se detallará.

Por lo expuesto, se mantendrá incólume la decisión del a quo respecto al reajuste de los aportes a la seguridad social hasta el 30 de marzo de 2020. Asimismo, respecto de los valores ordenados por reajuste a las prestaciones sociales, por demás que ninguna inconformidad se planteó respecto de los conceptos y valores condenados en primera instancia y que tengan relación frente al tema de la suspensión del contrato, pues el reajuste o reliquidación pedido en la alzada iba concatenado a la procedencia del trabajo suplementario y la nivelación salarial, enfocando en esencia la alzada al tema de las indemnizaciones.

**7. Indemnización por despido sin justa causa.** Establece el artículo 64 del CST, respecto al caso particular del actor, que se reconocerán 30 días de salario por el primer año, y 20 días adicionales de salario por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Así las cosas, da cuenta la Sala que el empleador al liquidar tal concepto tomó como salario base la suma de \$1.555.854, cuando el salario del actor que quedó demostrado en el proceso era de \$1.446.600, es decir, se hizo sobre una base superior, por lo que no prospera tal pedimento, máxime si se tiene en cuenta que en la alzada pide la reliquidación de este concepto teniendo en cuenta el trabajo suplementario y la nivelación salarial, que no salieron avante. Asimismo, para estos efectos no se tiene en cuenta los días en los cuales estuvo suspendido el contrato, esto es, 24 días, y por ende, también se despacha desfavorablemente la censura propuesta en ese sentido, por demás que sobre esta sanción el recurso de alzada solo se contrajo a expresar que debía ser "*reajustada la indemnización, porque esos 24 días no fueron tenidos en cuenta*".

**8. Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.** Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, 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, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías

antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que en el contrato de trabajo se pactó que los "auxilios extralegales" no constituye salario, ya que lo que como quedó ampliamente explicado con tal concepto se remuneraba directamente la labor del actor al asumir mayor responsabilidad en su cargo.

Al respecto, ha decantado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1798-2018, que:

*"En efecto, de lo expresado en líneas precedentes, quedó claro que la Fundación Mundo Mujer, indebidamente, intentó disfrazar el carácter retributivo de las comisiones devengadas por la demandante, denominándolas «bonificaciones». **Esta conducta deliberada de usar etiquetas, nombres u otras estrategias lingüísticas para desorientar, ocultar o esconder la verdad de las cosas, no puede ser considerada de buena fe**".*

Ahora, se hace alusión a que la indemnización por falta de consignación de las cesantías no opera respecto a la consignación deficitaria de las cesantías, aspecto que es equivocado, pues la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral se ha pronunciado al respecto en sentencia SL403-2013 reiterada en la SL1451-2018, pregonando que *"la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación completa del valor del auxilio de cesantías, como por su aporte deficitario o parcial"*.

En consecuencia, si bien el empleador realizó la consignación de las cesantías a COLFONDOS S.A. (Fols. 324 a 325 y 510), la misma se hizo de manera deficitaria, ya que como se dijo anteriormente, no tuvo en cuenta el verdadero salario que devengaba el actor, pues se disfrazó formalmente un auxilio extralegal que realmente constituía salario, lo que, a voces de la Corte Suprema de Justicia, constituye una conducta que no puede ser considerada de buena fe, y por tanto, como quiera que la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990 también se extiende al pago deficitario, habrá lugar a imponer tal sanción.

Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de

1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral”

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada VOLANDOALTO S.A.S., por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$28.256.920**.

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA
2018	\$ 1.446.600	15/02/2019	14/02/2020	\$ 48.220	360	\$ 17.359.200
2019	\$ 1.446.600	15/02/2020	01/10/2020	\$ 48.220	226	\$10.897.720
<b>TOTAL SANCIÓN</b>						<b>\$ 28.256.920</b>

Precisando que para aplicar la sanción sobre las cesantías causadas en el año 2018 se tuvo en cuenta el salario real devengado (\$1.446.600) que corresponde al salario del año 2019; para el año 2019, se tuvo en cuenta el mismo salario dado que no existió variación del mismo entre uno y otro año. Sin que se imponga sanción alguna con relación a las cesantías causadas para el año **2020**, como quiera que la relación laboral culminó antes de que dicha obligación se hiciera exigible.

Cumple acotar que se tuvo en cuenta para el cálculo de la referida indemnización, el salario devengado para la fecha en que la obligación se hizo exigible o dicho de otra manera el salario desde cuando se configura tal sanción o se constituye en mora el empleador, ya que así se desprende de lo establecido en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, cuando establece que "El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo", por lo que, al configurarse el retardo a partir del 15 de febrero de cada anualidad, el salario que se debe tener como referente es el vigente para la fecha de exigibilidad de la sanción, no el del año anterior con el que se liquidaron las cesantías, pues este condicionamiento no lo contiene la norma.

Al respecto de esta determinación puede tenerse como referente lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia No 08001233300020139018701 (47092014) del 01 de febrero de 2018, cuando dijo:

*"Por lo tanto, el salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado al momento de configurarse la mora, y cuando ocurren dos o más periodos de cesantía y mora sucesiva el salario para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora".*

### **8.1. Ponencia compartida – Liquidación indemnización artículo 65 del CST.**

En consecuencia, se fulmina condena por este concepto, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses finalizada la relación (acta de reparto del 16 de diciembre de 2020), así, la llamada a juicio deberá cancelar la cantidad diaria de **\$48.220**, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, **02 de octubre del 2020** y hasta por **veinticuatro (24) meses**, que equivale a **\$34.718.400**; y en vista que el último salario devengado por el actor, fue por valor superior al salario mínimo, la Sala mayoritaria ordena que a partir del primer día del mes veinticinco (25) el empleador deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y hasta cuando el pago de prestaciones sociales se verifique, en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el art. 65 del C.S.T., a título de indemnización moratoria.

Indemnización moratoria					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Moratoria
\$ 1.446.600	02/10/2020	01/10/2022	\$48.220	720	<b>\$34.718.400</b>

**9. Compensación.** Respecto a este tema, baste con decir que la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en sentencia SL3436-2021, indicó lo siguiente:

*"(...) debe destacarse que según el artículo 1625 del Código Civil, la configuración de la excepción de compensación requiere la existencia simultánea de obligaciones recíprocas entre las partes. En otros términos, que estos sean deudores y acreedores entre sí, a fin de mantener un equilibrio en el patrimonio de los contendientes (CSJ SL1982-2019)".*

Lo primero es que colige la Sala es que en efecto la demandada propuso la excepción de compensación; sin embargo, esta llamada al fracaso, pues el hecho de que en la liquidación final de prestaciones haya cometido el error de colocar como salario base la suma de \$1.555.854, lo que representó en cierta medida el reconocimiento de un mayor valor en la liquidación final de prestaciones, pues el salario base era de \$1.446.600, lo cierto es que ello no coloca al trabajador como deudor ya que se trata de un error del mismo empleador. Ahora, tampoco estima la Sala que esos mayores valores cubran lo adeudado y condenado en la primera instancia, ello en la medida en que tal liquidación no cubre y ni siquiera hace referencia a las prestaciones sociales causadas del 1 al 30 de abril de 2018, así como tampoco a la incidencia salarial mensual del auxilio extralegal que implicó la reliquidación de prestaciones desde el mes de agosto de 2018, tiempos que se itera escapan de la liquidación final de prestaciones, pues allí solo se liquidó lo correspondiente a prestaciones causadas en el año 2020, como por ejemplo las vacaciones del 02 de mayo de 2020 al 01 de octubre de 2020.

Así las cosas, tal excepción no puede prosperar por el solo hecho de haberse realizado la liquidación final con un salario que no corresponde, además que tal error del empleador no conlleva a colocar al trabajador en calidad de deudor.

Bajo ese horizonte, y sin que exista más por resolver, para la Sala no existe otro camino diferente que revocar parcialmente el fallo de primer grado, para en su lugar condenar a la demandada a la indemnización por falta de pago completo de las cesantías de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, así como la sanción moratoria del artículo 65 del CST, conforme los presupuestos atrás esbozados, confirmando en lo demás la sentencia apelada.

**10. Costas.** Sin costas en esta instancia por haber prosperado solo parcialmente el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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: REVOCAR** parcialmente el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida el 22 de junio del 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la entidad demandada de las demás suplicas del actor, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada VOLANDOALTO S.A.S. al reconocimiento y

pago a favor del demandante de: **1)** La sanción por la no consignación de las cesantías en la suma de **\$28.256.920** y **2)** La indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el valor de **\$48.220**, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 02 de octubre del 2020 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 01 de octubre del 2022, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **\$34.718.400** y a partir del mes 25, es decir, desde el 02 de octubre del 2022, los 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.

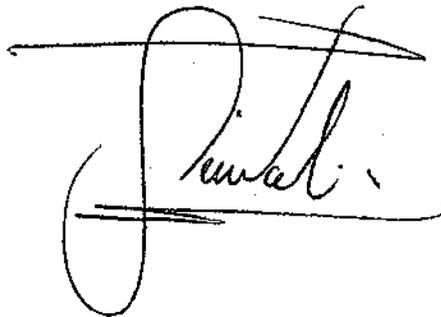
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia materia de apelación.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada  
(Salva voto parcial)



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

## **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

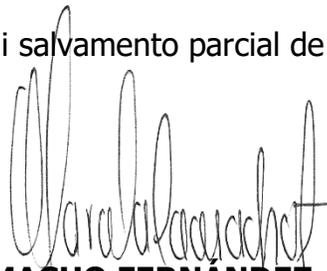
### **PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DUVAN ELIECER ROBLES BARÓN CONTRA VOLANDOALTO SAS (RAD. 17-2020-00454-01)**

#### **M. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN Y M. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito salvar de manera parcial mi voto en relación con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala frente a la forma de calcular la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., pues sobre este aspecto debió acogerse la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, según la cual *"el trabajador mantiene intacto su derecho a la indemnización moratoria si dentro de los 24 meses siguientes a la ruptura de sunexo contractual reclama por la vía ordinaria el pago de sus acreencias insolutas, toda vez que con ello cumple con el propósito que llevó al Legislador a plantear la reforma, es decir, evitar un reclamo judicial tardío con el fin de recibir una cuantiosa suma de dinero."*

Bajo ese entendimiento, si en el presente caso el demandante presentó la demanda dentro de los 24 meses de finalizada la relación laboral, lo cual aconteció el 16 de diciembre de 2020, debió ordenarse a la encartada pagar a favor del actor el valor de **\$48.220** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 02 de octubre del 2020 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales adeudadas y no como lo consideró la Sala Mayoritaria que a partir del mes 25 los intereses moratorios sobre el monto dejado de cancelar por dicho concepto, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento parcial de voto.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
**Magistrada**



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ALICIA ROSARIO AYALA RHENALS  
**Demandada:** COLPENSIONES  
**Radicación:** 26-2019-00550-02  
**Tema:** APELACIÓN PARTES– PENSIÓN DE VEJEZ- MODIFICA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Alicia Rosario Ayala Rhenals, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que sea condenada a reconocer y pagar pensión de vejez por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990 o artículo 7 de la Ley 71 de 1988, a partir del 1 de agosto del 2014, junto con el retroactivo pensional causado, intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación. Ello en atención al desistimiento que presentó y aceptado por la A quo frente a las pretensiones principales dirigidas a que la Universidad Cooperativa de Colombia, Corporación Universitaria del Caribe - CESAR y Centro de Enseñanza Media Comercial Nuestra Señora del Carmen, paguen el título pensional por el no pago de aportes a seguridad social respecto de los períodos indicados en libelo introductor.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 4 de agosto de 1952 y trabajó un total de 3.961 días como empleada del sector privado y 4.022 días como empleada pública, para un total de 7.983 días equivalentes a 1.140,42, razón por la que solicitó pensión de vejez ante Colpensiones, petición que, si bien fue aceptada por la pasiva mediante Resolución GNR 26875 del 6 de febrero de 2015, también lo es que por medio de acto administrativo SUB 239600 del 26 de octubre de 2017, esta fue revocada, ordenándose la devolución de la suma de \$47.218.838, por concepto de mesadas pensionales canceladas; determinación frente a la cual formuló los recursos de reposición y apelación, sin embargo, fue confirmada por la entidad. (Expediente digital, PDF

01DemandaConAnexos, págs. 4 a 17)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01DemandaConAnexos, págs. 244 y 245); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

**3. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado, la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el reconocimiento pensional que primigeniamente se hizo fue producto de un error, en tanto que la demandante fomenta un reconocimiento con vicio, lo que generó un detrimento patrimonial. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 4°, 6°, 7°, 9° a 13°, 15°, 18° a 29° y 31°, parcialmente 5°, 8°, 14°, 16° y 17°. Respecto de los demás señaló no ser ciertos o constarle. En su defensa propuso

como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01DemandaConAnexos, págs. 249 y 256 y PDF 10SubsanaciónDemanda .pdf)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 21 de septiembre del 2022, en la que el fallador condenó a la enjuiciada a pagar la pensión de vejez bajo los presupuestos del Decreto 758 de 1990, en cuantía para el año 2014 en la suma de \$1.119.124 y en trece mesadas pensionales al año. Ordenó el pago de retroactivo pensional indexado que asciende desde el 19 de enero de 2015 al 30 de agosto de 2022 en la suma de \$133.871.970, valor al que autorizó el descuento por concepto de salud. Así mismo, facultó a Colpensiones a deducir del retroactivo causado el valor de \$47.218.838 por concepto de mesadas canceladas a la actora; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y gravó en costas.

Para arribar a tal decisiva indicó que debía proponerse verificar, si Colpensiones tiene la obligación de reconocer y pagar a favor de la actora la pensión de vejez, para ello debía establecer el régimen aplicable y si había lugar al pago del retroactivo pensional e intereses de mora. Recordó que la encartada previamente le reconoció la prestación económica mediante Resolución GNR 26875 del 6 de febrero de 2015, misma que por virtud de la investigación administrativa surtida, determinó revocar por medio del acto administrativo SUB 238613 de 26 de octubre de 2017, para en su lugar negar el derecho pensional.

Bajo ese horizonte, verificó de la historia laboral expedida por Colpensiones el 13 de julio de 2022 que la actora registra cotizaciones desde 22 de mayo de 1985 y hasta el 31 de julio de 2014, con un total de 534 semanas, quien además tiene tiempos públicos trabajados con la Gobernación de Córdoba y Colegio Nacional Nicolas Esguerra equivalentes a 573 semanas, lo cual arroja un total de 1.107 semanas laboradas y cotizadas. Citó lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para precisar que la accionante al nacer el 4 de agosto de 1952 y tener la edad de 41 años al 1º de abril de 1994, la hacía beneficiaria del régimen de transición; mismo que se mantuvo pese a la entrada del Acto Legislativo 001 de 2005, ya que aunque cumple los 55 años el 4 de agosto de 2007, pero las semanas requeridas hasta el 2014, lo cierto es que registraba un total de 936,15 semanas de cotización al 25 de julio de 2005, cumpliendo así con las 750 semanas exigidas para que se le mantenga dicho beneficio.

En ese sentido, manifestó que la promotora del litigio conservó el régimen de transición, por ende, al cumplir los 55 años el 4 de agosto de 2007 y acreditar al 31 de julio de 2014 un total de 1.107 semanas de cotización durante toda su vida laboral, en la que se incluye los tiempos públicos por así permitirlo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, imponía reconocer la pensión de vejez bajo los presupuestos del Decreto 758 de 1990, con un ingreso base de liquidación de \$1.381.635, al que debía aplicarle una tasa de reemplazo del 81%, arrojando una primera mesada pensional para dicha data de \$1.119.124.

Relativo a la excepción de prescripción aludió a que la demanda fue radicada el 29 de agosto de 2019 y la reclamación administrativa se radicó el 19 de enero de 2018, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., el término trienal se extendió hasta el 19 de enero de 2015, de ahí que se encuentren afectadas por el fenómeno de la prescripción las mesadas pensionales causadas con antelación a la citada fecha. En lo que respecta a los intereses moratorios señaló que no debía imponer su condena, ya que, si bien reconoce que la actora tiene derecho a la mesada pensional, esto obedeció por virtud de los aportes pensionales

realizados con posterioridad por los empleadores de la demandante. (Expediente digital, audio 45AudienciaSentenciaPrimeraInstancia (Virtual))

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. Demandante.** Inconforme con la decisión formuló recurso de apelación argumentando que aunque la prestación económica se reconoció con base en unas semanas que no le pertenecen a la actora, también lo es que desde el mes de enero del año 2018 manifestó a la pasiva que existían tiempos laborados que no se tuvieron en cuenta en el reconocimiento pensional y que tenía la obligación de iniciar las acciones para su respectivo cobro, situación que omitió la demandada, pese a que su empleador también le solicitó la elaboración del cálculo actuarial. Refirió que Colpensiones dilató el trámite del pago de los aportes pensionales debidos, al punto que fue requerida por la A quo, para ese mismo fin, por lo que con ese fundamento se debe acceder al pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. (Expediente digital, audio 45AudienciaSentenciaPrimeraInstancia (Virtual))

**5.2. Colpensiones.** En su alzada refirió que no debía imponerse en su contra costas por valor de \$3.000.000, teniendo en cuenta el Acuerdo 1887 del año 2001 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, en el que se fijan criterios para condenar las expensas y agencias en derecho, en lo que debe imperar los principios de equidad y razonabilidad, así como la calidad de la gestión y naturaleza del asunto. Dijo que realizó actuaciones en armonía a los tiempos que efectivamente realizaron por parte de los empleadores, además que el gravamen generaría un perjuicio y un detrimento en el patrimonio de la entidad. (Expediente digital, audio 45AudienciaSentenciaPrimeraInstancia (Virtual))

**6. Alegatos de conclusión.** Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Principio de consonancia y grado jurisdiccional de consulta.** Los recursos de apelación interpuesto por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo conservó por acreditar al menos 750 semanas de cotizaciones al sistema general de pensiones para el 29 de julio de 2005, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005?; (ii) ¿Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en caso positivo, a partir de qué fecha?; (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?; (iv) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al negar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?; y (v) ¿hay lugar a imponer costas procesales en contra de Colpensiones?

**3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada.** Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que la demandante nació el 4 de agosto 1952 y que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 22 de mayo de 1985 al 31 de julio de 2014, realizando aportes en calidad de trabajadora del sector privado, logrando cotizar

un total de 534 semanas, dada la convalidación que registró Colpensiones en la historia laboral sobre los aportes que extrañó la actora en virtud de la vinculación que sostuvo con la Universidad Cooperativa de Colombia y Centro de Enseñanza Media Comercial Nuestra Señora del Carmen. Tampoco presentó controversia en lo atinente a que la actora laboró al servicio de la Gobernación de Córdoba entre el 9 de abril de 1973 al 13 de abril de 1984 y al Colegio Nacional Nicolas Esguerra desde 19 de enero de 1987 al 15 de marzo de 1987, para un total de 582,71, situación fáctica que no sobra precisar se logra verificar de los certificados de información laboral del 17 de julio de 2014 y 11 de abril de 2018 expedidos por las citadas entidades respectivamente, sin que tales documentos hayan sido argüidos o desconocidos por Colpensiones.

**4. Régimen de transición.** El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliada en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

En el presente asunto, colige la Sala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 cuenta con 41 años por haber nacido el 4 de agosto de 1952, tal como se constata con la cédula de ciudadanía (Expediente digital, PDF 01DemandaConAnexos, págs. 4 a 17). Así mismo, importa precisar que el régimen de transición se mantuvo a su favor, pese a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005. Lo anterior, en atención a que cumple con las 750 semanas requeridas para conservar el régimen transicional hasta el año 2014, ya que acredita a 29 de julio de 2005, 6.760 días equivalentes a 965,71 semanas cotizadas.

Como se observó, la actora conserva el régimen de transición previsto en el artículo 36 de Ley 100 de 1993, mismo que se estableció con el único propósito de que sus beneficiarios pudieran obtener las prestaciones económicas derivadas de los riesgos de IVM con los requisitos previstos en las regulaciones normativas que regían con anterioridad al 1º de abril de 1994 y sabido es que el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aparece como uno de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, por tanto entrará a determinar la Sala si éste cuerpo normativo define su derecho pensional, precisando que, tal como lo esbozó la sentenciadora de primer grado, es posible sumar tiempos no cotizados al Seguro Social con el fin de completar la densidad de semanas exigida como requisito para acceder a la pensión de vejez bajo la citada prerrogativa legal, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional en sentencia SU - 769 de 2014 y lo discurrido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1981 de 2020.

**5. Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990.** Para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable al demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajadora del sector particular y venía cotizando al ISS antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La primera de las citadas disposiciones exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar 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 mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así entonces, la actora arribó a los 55 años el 4 de agosto de 2008 y acreditó al 31 de julio de 2014 un total de 1.116,71 sufragadas en cualquier tiempo, siendo procedente el reconocimiento pensional conforme los postulados del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Acto Legislativo 001 de 2005 y en aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tal y con acierto lo encontró la Juez de primer grado.

**6. Causación y disfrute.** Conforme a ello, basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación *"se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

Lo anterior permite concluir que, la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para su disfrute, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, la actora cumplió su estatus pensional o causación el 31 de julio de 2014, fecha para la cual ya había cumplido la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, siendo a partir del 1º de agosto de 2014 el disfrute de la prestación económica, dado que su última cotización la efectuó en el mes anterior a dicha calenda.

**7. Tasa de reemplazo Acuerdo 049 de 1990.** A la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, esta prevé una tasa de reemplazo equivalente al 81%, sobre el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que la actora cotizó un total de 1.116,71.

**8. Monto de la pensión.** La pensión de vejez a favor de la gestora del proceso debe ser reconocida a partir del 1 de agosto de 2014, en un monto del 81% del IBL calculado en la forma establecida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece que aquél se calculará sobre el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicio. Lo anterior en tanto que no cuenta con 1.250 semanas para que esta Sala tome el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral, además, le hacían falta más de 10 años para para adquirir el derecho pensional al 1º de abril de 1994, lo que imposibilita tomar el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta.

De modo que, una vez elaborada la respectiva liquidación, se evidenció lo siguiente:

Cálculo Últimos Diez años								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1988	69	3,580	79,560	22,223	\$ 123.210,00	\$ 2.738.152,96	\$ 6.297.751,81	
1989	290	4,580	79,560	17,371	\$ 133.380,83	\$ 2.316.982,24	\$ 22.397.494,95	
1990	335	5,780	79,560	13,765	\$ 103.462,66	\$ 1.424.133,08	\$ 15.902.819,40	
1991	125	7,650	79,560	10,400	\$ 67.840,42	\$ 705.540,41	\$ 2.939.751,71	
1992	305	9,700	79,560	8,202	\$ 78.767,24	\$ 646.053,80	\$ 6.568.213,59	
1993	160	12,140	79,560	6,554	\$ 76.656,97	\$ 502.374,67	\$ 2.679.331,55	
1994	269	14,890	79,560	5,343	\$ 164.072,55	\$ 876.669,70	\$ 7.860.804,96	
1995	180	18,250	79,560	4,359	\$ 176.475,67	\$ 769.337,21	\$ 4.616.023,25	
1997	300	26,520	79,560	3,000	\$ 172.005,00	\$ 516.015,00	\$ 5.160.150,00	
2001	37	43,270	79,560	1,839	\$ 304.243,24	\$ 559.408,19	\$ 689.936,77	
2004	210	53,070	79,560	1,499	\$ 800.000,00	\$ 1.199.321,65	\$ 8.395.251,55	
2005	330	55,990	79,560	1,421	\$ 850.909,09	\$ 1.209.114,61	\$ 13.300.260,76	
2006	300	58,700	79,560	1,355	\$ 910.000,00	\$ 1.233.383,30	\$ 12.333.833,05	
2012	120	76,190	79,560	1,044	\$ 2.200.000,00	\$ 2.297.309,36	\$ 9.189.237,43	
2013	360	78,050	79,560	1,019	\$ 2.200.000,00	\$ 2.242.562,46	\$ 26.910.749,52	
2014	210	79,560	79,560	1,000	\$ 2.200.000,00	\$ 2.200.000,00	\$ 15.400.000,00	
<b>Total días</b>	<b>3600</b>					<b>Total devengado toda la vida laboral actualizado</b>	<b>2014</b>	<b>\$ 160.641.610,30</b>
<b>Total semanas</b>	<b>514,29</b>					<b>Ingreso Base Liquidación</b>		<b>\$ 1.338.680,09</b>
						<b>Porcentaje aplicado</b>		<b>81%</b>
						<b>Primera mesada</b>		<b>\$ 1.084.330,87</b>

En consecuencia, se modificará la sentencia consultada y apelada, para en su lugar **condenar** a la demandada **Colpensiones** a reconocer a la demandante la pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2014, en cuantía inicial de **\$1.084.330,87**, mesada cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 13 mesadas pensionales al año, de conformidad con el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 001 de 2005.

**9. Prescripción.** En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

*"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."*

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, es necesario indicar que, al haberse causado y hecho exigible la pensión desde el 1 de agosto de 2014, es claro que el término de

prescripción empezará a contarse a partir de esta última fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes; de esta manera opera el fenómeno de prescripción para este caso así:

Se tiene que la actora elevó reclamación el 22 de agosto de 2014, misma que aunque es resuelta de manera favorable mediante Resolución GNR 26875 del 6 de febrero de 2015, fue revocada mediante Resolución SUB 238613 del 26 de octubre de 2017 como consecuencia de la investigación administrativa que realizó la entidad y que la llevó a negar el reconocimiento pensional; decisión que fue confirmada mediante actos administrativos SUB 85804 de 27 de marzo de 2018, SUB 87288 de 3 de abril de 2018, DIR 7592 de 20 de abril de 2018 y DIR 7875 de 25 de abril de 2018, por tanto, debía a partir de allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, esta última resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 29 de agosto de 2019, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo.

Ahora, como la juzgadora de primer grado declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la encartada sobre las mesadas causadas y no canceladas con antelación al 19 de enero de 2015, punto frente al cual no hubo reparo por la demandante, la Sala mantendrá incólume tal decisión.

**10. Retroactivo Pensional.** Realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$137.339.368,63**, correspondiente a las mesadas causadas entre 1 de enero de 2015 al 30 de noviembre de 2022 y a partir del 1 de diciembre de 2022 Colpensiones deberá cancelar una mesada equivalente a **\$1.559.854,40**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional.

Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Mesada Pensional	Incremento	Nº. Mesadas	Subtotal
1/01/2015	31/12/2015	\$ 1.123.992,22	3,66	13	\$ 14.611.898,90
1/01/2016	31/12/2016	\$ 1.200.076,26	6,77	13	\$ 15.600.991,34
1/01/2017	31/12/2017	\$ 1.269.080,64	5,75	13	\$ 16.498.048,34
1/01/2018	31/12/2018	\$ 1.320.986,04	4,09	13	\$ 17.172.818,52
1/01/2019	31/12/2019	\$ 1.400.245,20	6,00	13	\$ 18.203.187,63
1/01/2020	31/12/2020	\$ 1.453.454,52	3,80	13	\$ 18.894.908,76
1/01/2021	31/12/2021	\$ 1.476.855,14	1,61	13	\$ 19.199.116,79
1/01/2022	30/11/2022	\$ 1.559.854,40	5,62	11	\$ 17.158.398,36
<b>Total Retroactivo</b>					<b>\$ 137.339.368,63</b>

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de enero de 2015, se reconoce de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021).

**11. Descuentos.** Se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno. Así mismo, a deducir del retroactivo pensional la suma de **\$47.218.838**, conforme así lo dispuso la Resolución SUB 239600 del 26 de octubre de 2017, dada las mesadas pensionales que ya le fueron pagadas a la actora, por virtud del reconocimiento pensional que realizó y que con posterioridad revocó.

**12. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.** Establecido los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora

injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurrendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a ello, lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se dijo que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge el criterio en su integridad sobre la material fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican para **todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las citadas decisiones, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional.

Así las cosas, la Sala concluye que los réditos deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en *"sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior"*

Sentado lo anterior, ha decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

*"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".*

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003",* y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Por último, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la misma Corporación (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

*"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:*

*Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.*

*Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".*

Descendiendo al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que no procede esta condena toda vez que existieron razones atendibles y serias mediante las cuales Colpensiones negó la prestación económica reclamada, ello en atención a que, por virtud de la investigación administrativa y las decisiones adoptadas por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal de Control de Garantías, tuvo que dejar de reconocer y pagar la pensión de vejez que fue concedida por la misma entidad mediante Resolución GNR 26875 del 6 de febrero de 2015, no siendo por tanto caprichoso su actuar.

A lo anterior debe agregarse que aunque es cierto como lo dice la censura que Colpensiones no debía negar la pensión solicitada, toda vez que con los periodos laborados a la Universidad Cooperativa de Colombia y Centro de Enseñanza Media Comercial Nuestra Señora del Carmen, acredita la densidad mínima de semanas exigidas para tal efecto, siendo del caso resaltar que le competía a la entidad proceder al cobro de tales aportes y no lo hizo; sin embargo, existe una razón seria y atendible que justifica a la entidad al abstenerse del reconocimiento pensional y por ende no dé lugar a condenar los intereses moratorios reclamados, esto es, al cambio jurisprudencial que se efectuó a partir de la SL1981-2020, con el que se admite la posibilidad de consolidar la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, con las semanas efectivamente cotizadas al ISS hoy Colpensiones y la sumatoria de los tiempos laborados a entidades públicas, o aportados a otras cajas y que la *"entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional"* (SL990-2022).

Por lo dicho, no erró la juez de primer grado al negar los réditos reclamados, por manera que se sigue confirmar en lo que hace a este punto de apelación la sentencia confutada.

**13. Indexación.** Como se petitiona la indexación, es claro que se debe acceder a la misma, toda vez que al momento del pago de la condena ésta sufrirá los efectos del hecho

notorio de la devaluación de la moneda, corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

**14. Costas en primera instancia.** Debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó la *a quo* al imponer costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

**15. Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas.** Hay que recordar sobre ello, que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierte mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primer grado. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por la *A quo*.

**16. Costas en segunda instancia.** Sin costas en esta instancia, dado que no prosperaron los recursos de apelación que interpusieron las partes.

En mérito de lo expuesto, 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**

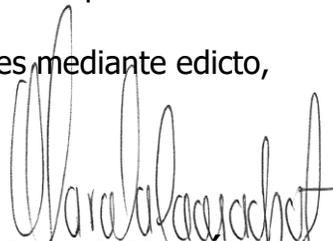
**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 1° de la sentencia proferida el 21 de septiembre del 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de **ALICIA ROSARIO AYALA RHENALS**, pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del **1 de agosto de 2014**, en cuantía inicial de **\$1.084.330,87**, mesada cuyo valor deberá pagarse con los reajustes de ley y en 13 mesadas pensionales al año, de conformidad a lo aquí expuesto.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 2° de la sentencia consultada y apelada, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a la señora **ALICIA ROSARIO AYALA RHENALS**, la suma de **\$137.339.368,63**, como retroactivo pensional causado desde el 19 de enero de 2015 al 30 de noviembre de 2022. A partir del 1° de diciembre de 2022, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de **\$1.559.854,40**, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre.

**TERCERO:** En lo demás, se **MANTIENE** incólume la sentencia de primer grado.

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** SUMARIO LABORAL  
**Demandante:** MARÍA LISBEY HERNÁNDEZ RINCÓN  
**Demandadas:** COMPENSAR EPS Y OTRA  
**Radicación:** 110012205-000-2022-01428-01  
**Tema:** APELACIÓN SENTENCIA –GASTOS MÉDICOS -CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Se decide de plano la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de junio de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud.

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** María Lisbey Hernández Rincón presentó solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud con el propósito de que se ordene a Compensar EPS y Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, la efectiva prestación de los servicios de salud y sufragar los costos de la atención prestada, exonerando de cumplir la obligación crediticia que suscribió su esposo José Luis Juyó Garnica, mediante pagaré núm. 6590, el cual respalda el valor de los servicios, tratamientos, procedimientos quirúrgicos, medicamentos, hospitalización, insumos y servicios profesionales en cuantía de \$5.081.107.

Como fundamento de su pretensión señaló en síntesis que fue diagnosticada con obesidad grado 2 y como consecuencia de ello y de otras enfermedades, ha tenido un deterioro progresivo en su estado de salud, al punto que no puede realizar actividades físicas, por cuanto afecta su cadera y rodilla, produciéndole dolor. Refirió que, con el fin de mejorar su condición de salud y calidad de vida, acudió al gastroenterólogo Guillermo Pérez González, especialista en tratamiento de la obesidad, quien determinó la colocación de balón gástrico, procedimiento que le fue realizado el 24 de julio de 2021.

Narró que el proceso de adaptación del balón gástrico no fue exitoso, presentando deshidratación e intolerancia a alimentos, por lo que tuvo que comunicarse al servicio de emergencias médicas EMI, médico general que le dictaminó Tromboembolismo Pulmonar y ordenó traslado inmediato al Hospital Universitario Mayor Mederi, donde ingresó por urgencias. Precisó que el 17 de agosto de 2021, el gastroenterólogo de la clínica le recomendó el retiro del balón gástrico, razón por la cual la misma IPS llevó a cabo el procedimiento el 18 del mismo mes y año, una vez le fue entregado el kit de retiro por el galeno primigenio.

Expuso que los servicios médicos prestados no fueron autorizados por Compensar EPS, dado a que el procedimiento provenía de una complicación de un procedimiento que fue realizado de manera particular, por lo que se le obligó a asumir los costos en la atención de urgencias, situación que previamente no le fue informada, violando así sus derechos fundamentales, en tanto de haber conocido el cobro, hubiere optado por una salida voluntaria, con el objetivo de acudir nuevamente al médico particular, para que aquel realizará el procedimiento que estaba ya cubierto, evitando así los gastos por este concepto. (Expediente digital, PDF 1. DEMANDA).

## 2. Contestación de la demanda

**2.1. Compensar EPS.** Dio contestación oponiéndose a la pretensión de la demandada, argumentando que la accionante realizó cirugía bariátrica el 24 de julio de 2021 de manera libre, autónoma y voluntaria en la IPS Mederi por el Dr. Guillermo Pérez González y luego por complicaciones asociadas al procedimiento, la paciente se vio en la necesidad de acudir al servicio médico de urgencias, donde luego de estabilizar su salud, se procedió al retiro del balón gástrico que previamente le había sido implantado.

Refirió que la citada IPS dispuso una serie de servicios de salud derivados de una complicación dentro de un procedimiento quirúrgico de naturaleza estética, no financiado con recursos de la UPC, que previamente le fue realizado a la paciente en la misma IPS, de allí que se encuentra impedida para proceder con la autorización y/o para asumir el costo de los servicios de salud, pues los mismos son la consecuencia de una complicación que tuvo la paciente tras la realización de una cirugía bariátrica estética, la cual fue efectuada de manera particular. En su defensa formuló las excepciones de improcedencia del reembolso por no cumplimiento de las condiciones y por extemporaneidad de la solicitud, buena fe y genérica. (Expediente digital, archivo 3. J-2021-0914 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA 2).

**2.2. Corporación Hospitalaria Juan Ciudad.** Atendiendo al requerimiento elevado por la A quo, indicó que la paciente ingresó al servicio de urgencias del Hospital Universitario Mayor Mederi el 14 de agosto de 2021, en ambulancia de EMI como traslado primario, a quien le brindó la atención médica necesaria hasta la estabilización de sus signos vitales, ordenando apoyos diagnósticos necesarios urgentes, valoración especializada y observación, así como hospitalización con cargo a Compensar EPS. Indicó que una vez hospitalizada, la citada EPS le informó que no daba cobertura del servicio, toda vez que la patología se relacionaba con un procedimiento no cubierto por la EPS, por lo cual se cambió a la accionante como pagadora particular, informando de tal situación al grupo familiar. Anotó que la IPS hace parte de la red prestadores de Compensar EPS, en virtud del contrato de prestación de servicios de salud suscrito el 1 de diciembre de 2008.

(Expediente digital, archivo 4. J-2021-0914 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA).

**3. Decisión de Primera Instancia.** La Superintendencia Nacional de Salud profirió fallo el 23 de junio de 2022, en el sentido de acceder a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad facturar los servicios prestados a la accionante entre el 14 al 20 de agosto de 2021, con cargo a Compensar EPS y devolver el pagaré núm. 6590, junto con la carta de instrucciones; mientras que a esta última a reconocer y pagar los valores causados por la dispensación del servicio de salud. Por último, dispuso trasladar copias de lo actuado a la Delegatura de Investigaciones Administrativas de la entidad, para que adelante las investigaciones a que hubiere lugar en contra de la EPS.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, la juez de primer grado tras citar el informe médico del Dr. Luis Alfredo Ruíz Devia, indicó que los registros clínicos dan cuenta de la obligación que tenía la EPS accionada de realizar el tratamiento integral para la obesidad que padece la actora, "*muchísimo tiempo antes de hacerse (SIC) presentado el evento en salud por el cual se reclama*". Refirió que la demandante solicitó la opción terapéutica a la EPS, entidad que no reportó gestión propositiva en tal sentido, forzándola a consultar a un médico particular no adscrito a su red de prestadores, para la colocación de un balón gástrico, procedimiento que finalmente, se practicó.

Señaló que, aunque la accionada fundamenta su defensa en la ocurrencia de una complicación de un procedimiento de inserción de un balón gástrico, procedimiento que cataloga como estético, empero no informó el detalle científico, técnico o administrativo

que le permitiera llegar a tal situación, desconociendo que de tiempo atrás la paciente presentaba antecedentes clínicos de obesidad que no fueron atendidos oportunamente por la EPS, quien acredita una amplia afectación de su salud de física y mental, de ahí la necesidad del balón y/o bypass gástrico, sin que se tratará de una cirugía cosmética o superflua, sino de una intervención necesaria e indispensable para garantizar la vida en condiciones dignas.

Esgrimió que, al presentarse la afectación del estado de salud, la paciente fue conducida al servicio médico de urgencias de la Clínica Mederi, quienes establecieron la condición clínica de urgencia padecida, sino que, además, la atención inmediata, integral y continua. En consecuencia, encontró demostrada la negligencia de la EPS no solo en la gestión del riesgo en salud relacionado con la obesidad de la paciente, sino en la atención relacionada con la complicación derivada de la implantación del balón gástrico que comprometían gravemente la salud y vida de la accionante, infringiendo su deber legal de aseguramiento en salud a la paciente, situaciones que le imponían acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, PDF 5. SENTENCIA J-2021-0914).

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión la **accionada** interpuso recurso de apelación esgrimiendo los mismos fundamentos que utilizó en la contestación de demanda.

Así las cosas, procede la Sala a desatar la alzada, previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la accionada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

**2. Problema Jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿Erró la A quo al considerar que Compensar EPS debe asumir los gastos médicos en que incurrió la señora María Lisbey Hernández Rincón por concepto del servicio médico que dispensó la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, como consecuencia de encontrar negligencia por parte de la EPS en la atención de urgencias requería?

**3. Competencia del Tribunal para conocer de los procesos adelantados ante la Superintendencia.** En primer lugar, es necesario indicar que la presente acción se inició con base en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 del 2007 que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo establece el artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez; norma que fue adicionada por el artículo 126 de la Ley 1438 del 2011, que dispuso que la Superintendencia conocerá y decidirá sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador. Y se debe señalar que, conforme al numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la accionada, en tanto su domicilio corresponde a la ciudad de Bogotá.

**4. Reembolso de gastos médicos.** Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, cumple destacar por la Sala que en términos del artículo 49 de la Constitución política, el derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación, pues por un lado está regulado como un derecho constitucional autónomo e independiente, pues comporta que todo ser humano pueda “-mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente

*una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser<sup>14</sup>*; y por otro, en un servicio público de carácter esencial, correspondiéndole por ello al estado no solo organizar, sino además reglamentar su prestación, según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad. En ese sentido, es quien debe promover y facilitar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios óptimos de salud, a los programas de prevención y promoción y a la atención médico asistencial de profesionales de la salud que respondan a las necesidades de los pacientes, así como prestar una atención integral al paciente.

Es por ello que conforme con lo establecido en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, el legislador encomendó a las Entidades Promotoras de Salud la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados, prestando directamente o contratando los servicios de salud con las instituciones prestadoras de salud, quien a su vez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 de esta misma preceptiva, debe prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los principios básicos de calidad, continuidad y eficiencia.

Bajo tal contexto, las Entidades Promotoras de Salud tienen la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados y de disponer una red de servicios, quien a su vez tiene la responsabilidad de prestar los servicios de salud, siendo un trabajo mancomunado y coordinado entre aquellas, todo en aras de garantizar atención de manera continua, oportuna y eficiente.

De manera que cuando aquella no atienda esos postulados y, por tanto, los usuarios del subsistema de seguridad social en salud tengan que asumir gastos por la prestación de los servicios de salud, estos tendrán derecho a que su EPS le reconozca los gastos que haya incurrido, siempre que se hayan concurrido los siguientes presupuestos, en términos del artículo 14 de la Resolución núm. 5261 de 1994 y literal b, del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

Ahora bien, cabe destacar respecto el valor del reconocimiento que la EPS tenga que hacer como consecuencia de hallarse demostrados tales presupuestos, que el artículo 14 de la Resolución núm. 5261 de 1994, señala que "*Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público*", los cuales se encuentran en el denominado Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas SOAT, derivados del Decreto 2413 de 1996. Esta última preceptiva establece los costos de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, en que se incluye las tarifas establecidas en salarios mínimos legales diarios vigentes.

**5. Caso en concreto.** De cara a los supuestos esbozados, en lo que concierne a la atención, está demostrado que la institución prestadora de servicios de salud Hospital

---

<sup>1</sup> Sentencia de Tutela No. 0001 de 2018 con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger

Universitario Mayor – Mederi, le dispensó el servicio médico como consecuencia de los diagnósticos principal tromboembolismo pulmonar e insuficiencia renal aguda, dada la intolerancia al balón intragástrico que le fue puesto el 24 de julio de 2021 por servicio médico particular; oportunidad en la que el galeno tratante, como plan manejo, ordenó su hospitalización y retiró del citado dispositivo, procedimiento que se efectuó por la IPS el 18 de agosto del mismo año, conforme obra en historia clínica que fue allegada por la misma.

En armonía a lo anterior, resulta claro que, dada la condición clínica, la paciente requirió de todos los procedimientos directamente relacionados con su tratamiento y rehabilitación, pues la atención médica dispensada por la IPS Hospital Universitario Mayor – Mederi correspondió a una urgencia, la cual está definida por la Resolución 5261 de 1994, como aquella:

*"(...) alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras."*

En ese sentido, la "integridad física, funcional y/o psíquica" referida por el mencionado artículo 9, debe entenderse como un estado de salud en estándares de normalidad y bajo esa premisa, concluir que, cualquier variación negativa de dicha condición, respecto de la cual resulte previsible la afectación de la vida o funcionalidad de la persona, sin importar el grado de severidad, constituye un suceso equiparable a una "urgencia", susceptible de atención inmediata y seguimiento de parte de la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliado, la cual no requiere autorización de esta o cobro alguno, según lo dispone el artículo 10 de la misma norma, que señala lo siguiente:

**"ARTÍCULO 10. ATENCIÓN DE URGENCIAS.** *La atención de urgencias comprende la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia. Todas las entidades o establecimientos públicos o privados, que presten servicios de consulta de urgencias, atenderán obligatoriamente estos casos en su fase inicial aún sin convenio o autorización de la E.P.S. respectiva o aún en el caso de personas no afiliados al sistema.*

*Las urgencias se atenderán en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesario autorización previa de la E.P.S. o remisión, como tampoco el pago de cuotas moderadoras. La I.P.S. que presta el servicio recibirá de la E.P.S. el pago correspondiente con base en las tarifas pactadas o con las establecidas para el S.O.A.T. En todo caso es el médico quien define esta condición y cuando el paciente utilice estos servicios sin ser una urgencia deberá pagar el valor total de la atención.*

**PARÁGRAFO.** *<Modificado por el artículo 1o. de la Resolución 2816 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la IPS no pertenezca a la red de prestadores de las EPS, informará la atención de los afiliados en el servicio de urgencias, en las 24 horas hábiles siguientes al ingreso del paciente; en caso contrario, deberá remitir esta información con la periodicidad que se haya pactado entre las dos instituciones.*

*Las EPS garantizarán la infraestructura necesaria para el reporte oportuno por parte de las IPS."*

En este punto, debe dejarse claro que al igual como lo señala la precitada norma, el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 establece que toda persona tiene derecho a recibir atención de urgencias "que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno."

Bajo ese entendimiento, conforme a atrás se esbozó, es claro que la atención médica recibida por la accionante correspondió a una urgencia médica, pues dicha calificación la hizo el médico tratante adscrito a la IPS Hospital Universitario Mayor – Mederi, siendo importante resaltar que la citada evaluación es una potestad con la que cuenta el profesional de la salud, quien además tiene la facultad de formular todos aquellos servicios médicos, tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos, estableciendo su idoneidad y efectos, dado que estos temas y materias son propios de la medicina y cuya pericia le está dada única y exclusivamente a él; de tal manera que debió asegurarle la prestación del servicio sin requerir autorización previa de la EPS, dado que el tratamiento médico era indispensable y urgente, para salvaguardar su integridad física y vida.

Entonces, al ser una urgencia médica no debía exigirse a la actora cobro alguno, entre tanto, le era menester a la IPS solicitar el reintegro de los dineros por concepto del tratamiento médico que suministró, tal cual lo dispone las reglas traídas a colación. No obstante, como se vio, todos los procedimientos relacionados con su tratamiento y rehabilitación fueron trasladados a la accionante, pues fueron cobrados por la IPS directamente a ella, en tanto que así lo consideró la EPS, arguyendo que la urgencia médica provino de un procedimiento médico estético que previamente le fue realizado de manera particular a la accionante, del que no estaba obligada a soportar.

Así las cosas, considera la Sala que, a pesar de que la usuaria del servicio de urgencias necesitaba del procedimiento con el fin de proteger su salud y vida, injustificadamente se vio compelida a cancelar el procedimiento médico requerido, aun cuando las entidades tenían obligación de asegurar la atención médica, con independencia de que mediará autorización de la EPS o que ésta considerara que el procedimiento se realizó con fines estéticos.

Ahora, como se verificó, se obligó a la actora asumir de su propio peculio el tratamiento médico requerido, razón por la acude a esta jurisdicción pidiendo el reembolso de los gastos médicos en que incurrió. Así, para acceder al reembolso solicitado, según las previsiones del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, el usuario debe demostrar que la atención médica fue de urgencias y que en caso de ser atendida en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, contar con autorización expresamente por ésta para su atención específica. De no ser así demostrar que existió incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones, ya que en caso contrario no estará obligada a efectuar reconocimientos económicos ni deberá asumir ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas.

Bajo ese horizonte, es un hecho cierto, que la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad tiene convenio administrativo con la EPS, pues así lo informó ante el requerimiento que le elevó la falladora de primer grado. También es indiscutible que no obstante ser una emergencia médica y no requerir autorización de la EPS, es claro que, bajo las condiciones normativas de procedencia del reembolso de gastos médicos, no hubo autorización previa de la EPS, para la realización del procedimiento quirúrgico, pues así lo ratificaron las partes.

De esta manera es claro que le asiste derecho a la señora María Lisbey Hernández Rincón a que no le sea imputado los gastos médicos en que incurrió, y aunque la EPS considera que no está obligada a prestar el servicio médico, refiriendo que la urgencia médica provenía de una cirugía estética, es indiscutible, tal y con acierto lo dedujo la juzgadora primigenia, que el procedimiento médico previamente efectuado, tuvo como propósito una función reparadora en el estado de salud de la actora y no una simple preocupación subjetiva de embellecimiento, como lo señala la EPS.

En efecto, de la historia clínica que aportó la accionante y la IPS requerida, se evidencia que el procedimiento médico llevado a cabo por personal médico particular, tuvo lugar ante el evidente riesgo en que se encontraba su integridad física por efecto de la obesidad grado 2 que la EPS había diagnosticado a través de sus médicos de manera previa a la intervención quirúrgica, que la llevaron a diferentes intervenciones quirúrgicas de orden osteo-tendinoso y muscular, sin que el tratamiento médico suministrado por la EPS fuese efectivo. En ese orden, como los procedimientos no arrojaron los resultados esperados, la usuaria tuvo que acudir al galeno particular, quien de acuerdo a su conocimiento científico, ordenó como plan de manejo el balón gástrico, concepto del que no se aprecia que haya sido dado para un fin estético o de embellecimiento, por el contrario, fue dado con miras al restablecimiento de la salud de la paciente, sin que haya sido descartado por los especialistas adscritos a la EPS, bajo un criterio técnico y científico.

Al margen de lo anterior, considera la Sala que en el presente caso sí se encuentran acreditados los presupuestos establecidos por la Resolución 5261 de 1994, para que la actora no tenga que asumir ningún valor por concepto de gastos médicos derivados de la urgencia médica que acaeció, debiéndose por tanto mantener incólume la sentencia de primer grado, decisión que se registrará en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, 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,

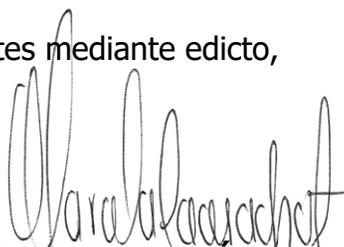
#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de junio de 2022 por la Superintendencia Nacional de Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

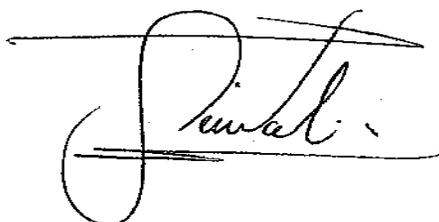
**SEGUNDO: COMUNICAR** a las partes el presente fallo por el medio más expedito, conforme al artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, una vez agotado el trámite de rigor.

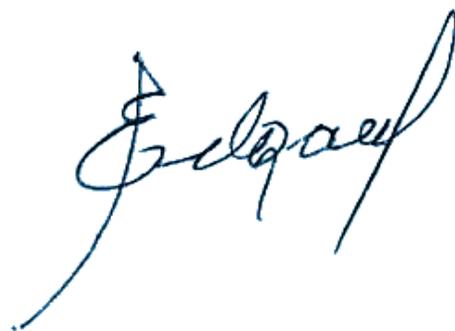
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandantes:** CRISTÓBAL RICARDO BELLO FORERO Y OTROS  
**Demandada:** EXPRESS DEL FUTURO S.A.S.  
**Radicado No.:** 28-2019-00717-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO-APELACIÓN DEMANDANTES-CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Cristóbal Ricardo Bello Forero, Javier Romero Suancha, Luis Fernando Oquendo Vanegas, Héctor Orlando Gil Garzón y Gerardo Vásquez Díaz, instauraron demanda ordinaria contra Express del Futuro S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual fue renovado de manera automática y, en consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, salarios dejados de percibir por concepto de indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que se vincularon con la demandada mediante la figura de contratos a término fijo por tres meses, para desempeñar el cargo de operarios transportadores, recibiendo como último salario la suma de \$1.443.200. Señalaron como extremos temporales de la relación laboral los siguientes:

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN
<b>Cristóbal Ricardo Bello Forero</b>		
Término fijo	14/09/2009	15/06/2019
<b>Javier Romero Suancha</b>		
Término fijo	12/07/2018	15/06/2019
<b>Luis Fernando Oquendo Vanegas</b>		
Término fijo	1/04/2008	15/06/2019
<b>Héctor Orlando Gil Garzón</b>		
Término fijo	10/03/2008	15/06/2019
<b>Gerardo Vásquez Díaz</b>		
Término fijo	4/09/2013	15/06/2019

Refirieron que el 1º de junio de 2016 la sociedad demandada informó sobre la finalización de la relación laboral, la cual debería terminar a más tardar el 15 de junio de 2019, carta que suscribieron al inicio de la contratación de trabajo, por imposición del empleador.

(Expediente digital, PDF 01 Principal, págs. 135 a 159).

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado la encartada se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que entre las partes existieron contratos de trabajo a término fijo, modalidad contractual que fue modificada mediante una cláusula adicional, así:

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	CAMBIO DE MODALIDAD CONTRACTUAL - OBRA O LABOR DETERMINADA	FECHA DE FINALIZACIÓN
<b>Cristóbal Ricardo Bello Forero</b>			
Término fijo	14/09/2009	14/03/2016	15/06/2019
<b>Javier Romero Suancha</b>			
Término fijo	12/07/2008	5/01/2016	15/06/2019
<b>Luis Fernando Oquendo Vanegas</b>			
Término fijo	1/04/2008	2/02/2016	15/06/2019
<b>Héctor Orlando Gil Garzón</b>			
Término fijo	10/03/2008	2/10/2015	15/06/2019
<b>Gerardo Vásquez Díaz</b>			
Término fijo	4/09/2013	21/07/2015	15/06/2019

Refirió que los contratos de trabajo finalizaron por la terminación de la obra o labor contratada, quienes estaban sujetos a la duración del contrato de concesión del 19 de abril de 2000 suscrito entre Express del Futuro S.A. y Transmilenio S.A. Indicó que la cláusula adicional, mediante la cual se modificó la duración de la relación de trabajo fue suscrita de manera libre, voluntaria y espontánea, sin que sea posible concluir que hubo un desmejoramiento de sus condiciones laborales.

Respecto de los supuestos fácticos esbozados en la demanda aceptó el enlistado en el numeral 12°, relacionado con que a la finalización de los vínculos laborales devengaban la suma de \$1.443.200 y frente a los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa formuló la excepción dilatoria de prescripción y como de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, compensación y prescripción. (Expediente digital, PDF CONTESTACIÓN 2019-717).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 12 de septiembre de 2022, en la que la falladora declaró probadas las excepciones formuladas, excepto la de prescripción y, en consecuencia, absolvió a la encartada de las pretensiones elevadas en su contra, gravando en costas a los demandantes.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, en primer término, estimó no controversial que entre las partes existió un vínculo laboral y sus extremos temporales, siendo el punto medular del litigio la modalidad y duración de los contratos de trabajo que ataron a las partes. Con tal propósito, citó las normas que tuvo en cuenta para resolver el litigio, así como las pruebas allegadas al proceso, para significar que los empleadores gozan de libertad a la hora de escoger la modalidad contractual que más le convenga a sus necesidades comerciales, de producción o prestación de servicios dentro las varias posibilidades que le otorga el legislador, siendo por tanto que la vinculación del trabajador a través de contratos de trabajo a término fijo o por obra o labor contratada gozan de plena legitimidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Señaló que estando en vigencia la relación laboral, las partes del contrato de trabajo pueden variar sus condiciones, en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, por tanto, en el caso en concreto, evidenció que los demandantes estaban vinculados mediante la modalidad a término fijo, mismos que se vencían en las siguientes fechas:

- Cristóbal Ricardo Bello Forero el 14 de septiembre de 2016.
- Javier Romero Suancha el 12 de julio de 2016.
- Luis Fernando Oquendo Vanegas el 1° de abril de 2016.

- Héctor Orlando Gil Garzón el 10 de marzo de 2016.
- Gerardo Vásquez Díaz el 4 de septiembre de 2016.

Resaltó que el empleador contaba con la facultad para darlo por terminado con la previa notificación al trabajador, no obstante, decidió ofrecerle a cada uno de ellos cambiar la modalidad de contratación para continuar con la vinculación, precisamente para garantizar su permanencia hasta que terminará la ejecución de la concesión otorgada por Transmilenio S.A. a la empresa. Sostuvo que de las cláusulas adicionales que suscribieron los demandantes y del propio dicho de cada uno de ellos podía verificar que las partes variaron únicamente la modalidad contractual, sin modificar otra condición del contrato de trabajo, tales como sus ingresos o cargos.

Así las cosas, consideró que como el cambio de modalidad contractual estaba atado a la concesión, misma que finalizó en el año 2019, le resultaba imposible al empleador mantener a los trabajadores en los cargos, en tanto que su duración no dependía de su voluntad, sino de la empresa contratante, por ende, señaló que el vínculo laboral terminó por una causal objetiva prevista en el artículo 61 del C.S.T., sin que el desahucio laboral se haya realizado con una maniobra fraudulenta o que la cláusula adicional haya sido suscrita por imposición del empleador, situaciones que la llevan a abstenerse de impartir condena en contra de la encartada.

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión los **demandantes** interpusieron recurso de apelación arguyendo que fueron coaccionados por la demandada al no tener exactitud ni claridad sobre el cambio en la modalidad contractual que se surtió. Indicaron que los reunieron en una sala y los hicieron firmar las cláusulas adicionales, sin contar con una debida explicación frente a la variación de la duración del contrato de trabajo, siendo engañados. Por otro lado, solicitó que la condena en costas sea tanto para la parte demandante como para la demandada en partes iguales.

(Expediente digital, audio 06AudioSentencia)

**5. Alegatos de conclusión.** La **demandada** alegó en su favor aduciendo que el Juzgado acertó al concluir del acervo probatorio que los actores conocían la situación jurídica y comercial de la empresa, razón por la cual decidieron suscribir la cláusula adicional, documentos que cuentan con plena validez jurídica, sin que hayan sido tachados.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por los demandantes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

**2. Problema Jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿Los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que la cláusula adicional que suscribieron se encuentra afectada por un vicio del consentimiento que da lugar a su nulidad o menoscaba derechos laborales de cada uno de estos?

**3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos.** Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral que existió entre los trabajadores y Express del Futuro S.A.S., sus extremos temporales, cargo y salario devengado. Situaciones fácticas que no sobra precisar son corroboradas con el

contrato de trabajo y sus otros sí, certificación laboral y carta de terminación del vínculo contractual. (Expediente digital, PDF PRUEBAS CONTESTACIÓN UN SOLO ARCHIVO 2019-717).

**4. Indemnización por despido sin justa causa.** Es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostró la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que para efectos de verificar si la parte actora cumplió con la carga probatoria, en lo que hace a la terminación de los vínculos laborales, se sostuvo desde el libelo introductorio como sustento de la indemnización pretendida, que el contrato de trabajo se pactó inicialmente bajo la modalidad a término fijo por lo que la cláusula adicional es nula, por haber sido suscrita con fuerza y con la cual se desmejoraron sus condiciones laborales, de ahí que las razones dadas por el empleador no justifican el desahucio laboral, frente a lo cual, insiste la pasiva, que contrario a lo indicado, el nexo finalizó por la culminación de la obra o labor contratada en virtud de lo establecido en el literal d) del numeral 1º del artículo 61 del C.S.T., si se atiende a la cláusula adicional suscrita por los demandantes, mediante la cual se varió la modalidad contractual, misma que quedó atada al proyecto de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo en el Sistema Transmilenio en Bogotá, en los términos del contrato de concesión celebrada el 19 de abril de 2000 y que concluyó el 15 de junio de 2019.

El debate en esos términos se centra en determinar si erró la A quo al concluir que la terminación del convenio suscrito por los trabajadores con la llamada a juicio fue conforme al literal d) del art. 61 del C.S.T. Sobre el particular, ciertamente aparece probado que las partes al inicio de la relación laboral celebraron un contrato de trabajo a término fijo, cuya duración, atendiendo la literalidad de su parte introductoria, se circunscribe así:

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	DURACIÓN	VENCIMIENTO
<b>Cristóbal Ricardo Bello Forero</b>			
Término fijo	14/09/2009	11 meses	13/08/2010
<b>Javier Romero Suancha</b>			
Término fijo	12/07/2008	11 meses	11/09/2009
<b>Luis Fernando Oquendo Vanegas</b>			
Término fijo	1/04/2008	6 meses	30/09/2008
<b>Héctor Orlando Gil Garzón</b>			
Término fijo	10/03/2008	11 meses	9/02/2009
<b>Gerardo Vásquez Díaz</b>			
Término fijo	4/09/2013	6 meses	3/03/2014

Frente a ello debe decirse de manera preliminar que el contrato de trabajo a término fijo tiene unas características notables que los hacen diferentes de las demás modalidades. Su término de duración, naturalmente, es una condición preponderante en su distinción; razón por la cual, además, de constar por escrito, en él debe indicarse la voluntad de las partes de someterlo o ejecutarlo dentro de un tiempo previamente convenido, pudiendo prorrogarse de acuerdo con las hipótesis legales previstas, sin que por ello pierda su esencia ni cambie la modalidad de indefinido, a menos que así lo dispongan las partes antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, cambiando la modalidad y duración del contrato de trabajo.

Es por ello que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido su postura en determinar que el contrato de trabajo a término fijo, *"goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 Ibídem, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios."* (SL15610-2016)

Así, véase cómo el legislador realza este tipo de vinculación laboral, al otorgarle como unas de las formas de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., lo cual no es equiparable al despido sin justa causa.

En armonía con lo atrás dicho, es errado sostener que la modalidad contractual previamente celebrada por los trabajadores varió a la de un convenio a término indefinido, por el hecho de que el mismo haya perdurado en el tiempo, sin interrupción alguna, pues la circunstancia de que no haya solución de continuidad dado que se ejecutó a través de diversas prórrogas, no hace que el contrato de trabajo a término fijo pierda su esencia o varíe al de duración indefinida, máxime cuando la voluntad de las partes no fue otra que suscribir un contrato de duración fija, decisión está amparada en el artículo 46 del C.S.T.

De suerte que, como la naturaleza del contrato de trabajo a término no cambia por el hecho de que se prorrogue varias veces, debe tenerse por cierto que entre las partes al inicio del linaje laboral se fijó que la modalidad contractual lo sería definido. Ahora, aparece probado en el expediente digital que, con posterioridad a su suscripción, entre las mismas acordaron una "CLÁUSULA ADICIONAL ", en la que se dejó por sentado que:

- Cláusula adicional suscrita por **Cristóbal Ricardo Bello Forero** y el empleador el 23 de marzo de 2016:

"El contrato de trabajo fijo suscrito entre las partes el día **14 de septiembre de 2009** se convierte a partir del **14 de marzo de 2016** en un contrato **por la obra o labor** y por lo tanto, el término de la obra o labor determinada consistente en: la ejecución de la labor de **OPERADOR DE BUS ARTICULADO** por la duración del contrato de concesión sin número de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A.S. y empresa contratante TRANSMILENIO."

- Cláusula adicional suscrita por **Javier Romero Suancha** y el empleador el 5 de enero de 2016:

"El contrato de trabajo fijo suscrito entre las partes el día **12 de julio de 2008** se convierte a partir del **05 de enero de 2016** en un contrato **por la obra o labor** y por lo tanto, el término de la obra o labor determinada consistente en: la ejecución de la labor de **OPERADOR DE BUS ARTICULADO** por la duración del contrato de concesión sin

número de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A.S. y empresa contratante TRANSMILENIO.”

- Cláusula adicional suscrita por **Luis Fernando Oquendo Vanegas** y el empleador el 5 de febrero de 2016:

“El contrato de trabajo fijo suscrito entre las partes el día **1° de abril de 2008** se convierte a partir del **02 de febrero de 2016** en un contrato **por la obra o labor** y por lo tanto, el término de la obra o labor determinada consistente en: la ejecución de la labor de **OPERADOR DE BUS ARTICULADO** por la duración del contrato de concesión sin número de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A.S. y empresa contratante TRANSMILENIO.”

- Cláusula adicional suscrita por **Héctor Orlando Gil Garzón** y el empleador el 1° de octubre de 2015:

“El contrato de trabajo fijo suscrito entre las partes el día **10 de marzo de 2008** se convierte a partir del **02 de octubre de 2015** en un contrato **por la obra o labor** y por lo tanto, el término de la obra o labor determinada consistente en: la ejecución de la labor de **OPERADOR DE BUS ARTICULADO** por la duración del contrato de concesión sin número de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A.S. y empresa contratante TRANSMILENIO.”

- Cláusula adicional suscrita por **Gerardo Vásquez Díaz** y el empleador el 21 de julio de 2015:

“El contrato de trabajo fijo suscrito entre las partes el día **4 de septiembre de 2013** se convierte a partir del **21 de julio de 2015** en un contrato **por la obra o labor** y por lo tanto, el término de la obra o labor determinada consistente en: la ejecución de la labor de **OPERADOR DE BUS ARTICULADO** por la duración del contrato de concesión sin número de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A.S. y empresa contratante TRANSMILENIO.”

Como se dijo con anterioridad, la inconformidad de los impugnantes se centra en la modificación de duración del contrato que celebraron las partes, considerando que con esta se desmejoraron sus condiciones laborales, además, que su consentimiento estuvo viciado por fuerza para el momento de su suscripción, punto frente al cual ha decir la Sala que contrario a lo expuesto por la censura, la estipulación contractual esbozada en vigencia de la relación laboral, es indicativa de que las partes quisieron modificar la duración del contrato ya existente, esto es, de término fijo al de obra o labor contratada, lo cual deja en evidencia que su verdadera intención al suscribirse, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no era construir una nueva relación laboral, sino de mantenerla aún más en el tiempo, dado que el empleador pese a que podía prescindir de los servicios del trabajador con la entrega del preaviso que rige en los contratos por duración definida, finalmente resolvió, motivado por las necesidades de la empresa, variar la modalidad contractual al de obra o labor contratada, intención ésta que estuvo presente y se materializó hasta el 15 de junio de 2019, data para la cual se culminó el contrato de concesión que celebró la convocada a juicio con Transmilenio S.A., circunstancia que además tampoco fue desconocida por los mismos demandantes.

Lo anterior, además por cuanto se advierte que el cambio de la duración contractual fue producto del mutuo acuerdo y no de una decisión unilateral; variación amparada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ello, no puede ser de recibo que los accionantes quienes suscribieron la cláusula adicional, pretendan ahora desconocerla a través de esta vía judicial sin presentar prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento o la vulneración del mínimo de derechos y garantías consagradas por la ley laboral a su favor.

Conforme a ello, acierta la falladora de primer grado al concluir que no se acredita hecho alguno que viciara el consentimiento para suscribir la modificación contractual, en tanto que los medios de convicción no dan cuenta de cosa diferente, pues los actores no acreditaron con suficiente certeza que sufrieron de engaño, fuerza, dolo y aprovechamiento por parte de la encartada para lograr su firma. Además, siguiendo los derroteros expuestos por nuestra CSJ, en especial, en sentencia SL814-2018, nada impide en el derecho positivo del trabajo que los contratantes decidan variar las condiciones de trabajo, siempre y cuando resulten válidas y correspondan a la realidad, lo que sucede en este asunto, dado que del caudal probatorio no se infiere que la intención del empleador fuera la de eliminar las garantías laborales de sus trabajadores.

Por el contrario, lo que se evidencia es que con la suscripción de la cláusula adicional se pretendió entre las partes mantener vigente el contrato de trabajo previamente celebrado, solo que el cambio de modalidad respondió a las determinadas circunstancias y necesidades de los contratantes. En ese sentido, la señora Lina Fabiola Molano Pineda (gerente de gestión humana), deponente al interior del proceso, refirió que la razón de la suscripción de la cláusula contractual tuvo como propósito preservar la planta de personal y llevarla hasta que finalizara la existencia del contrato de concesión, puesto que la única actividad económica de la empresa lo era tal nexo comercial. Indicó que esta situación se le puso en conocimiento a cada uno de los trabajadores de manera personal, quienes aceptaron el acuerdo teniendo en cuenta las citadas circunstancias. Tal escenario fáctico fue corroborado por el señor John Alexander Castro, quien señaló regentar el cargo de coordinador de operaciones.

Además, se debe precisar por la Sala que las causales de terminación del contrato de trabajo son taxativas, conllevando a que, por la modalidad del nexo que venía gobernando a las partes, implicaba para el trabajador la dejación del empleo, sin tener derecho al reconocimiento de la respectiva indemnización conforme al artículo 64 ejusdem, una vez le fuese informado de tal determinación mediante preaviso con treinta días de antelación al pactado, pues el vencimiento del plazo fijado pactado no equivale al despido sin justa causa, toda vez que constituye un modo legal de terminación con arreglo a lo dispuesto en la norma sustantiva. Entonces, al suscribir la cláusula adicional por las partes se arriba a la conclusión de que los contratantes quisieron mantener en vigencia la relación laboral por otro lapso, el cual se supedita a la vigencia del contrato de concesión sin número del 19 de abril de 2000, lo que conllevó a que las relaciones laborales permanecieran vigentes hasta el 15 de junio de 2019, lo que denota que el interés del dador del laborío fue de mantener en el tiempo la relación laboral, sin el propósito de menoscabar o burlar derechos laborales.

Así las cosas, es claro que la sentenciadora de primer grado no incurrió en error cuando señaló que el empleador quiso con la suscripción mantener a los promotores del proceso en el empleo y no la de menoscabar derechos laborales, como es abstenerse del pago de la indemnización por despido sin justa causa, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento no apunta a que se haya incurrido en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales; contrario a ello, lo que si se prueba es que esa modificación provino de la libertad contractual con que cuentan las partes para establecer lo mejor que les convenga, de modo que, obliga no solo a lo que él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la Ley pertenecen a ella, tal y como se dispone en el artículo 55 del C.S.T.

Acotando que, aunque los actos deben ser libres, espontáneos y exentos de vicios del consentimiento, según los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, aplicables a la materia laboral por así autorizarlo el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, le compete, de

acuerdo con la carga de la prueba, a quien alega un vicio demostrar que fue así, en tanto que el error, la fuerza o el dolo no se presumen, a excepción del último, pero siempre que exista tal previsión en la Ley. En ese sentido, ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que *"respecto de los vicios del consentimiento con trascendencia para afectar los actos jurídicos que se originan en las relaciones del trabajo"*, deben ser contundentes y *"no estar sujetos a inferencias o presunciones"*, por manera que *"quien lo alega o está interesado en su consecuencia debe probarlo (CSJ SL16539-2014; CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015); cuyo efecto es además, no una «ilegalidad» del acto sino su «ineficacia» (CSJ SL, 23 oct. 1995, rad. 7782; CSJ SL, 30 sep. 2004, rad. 22842; CSJ SL4360-2019 y CSJ SL3827-2020)."*

En ese hilo, si bien mencionan los promotores del proceso algunos vicios en el consentimiento que se suscitaron con ocasión de la variación de la modalidad contractual que suscribieron, lo cierto es que en este asunto en concreto no se probó como se estructuraron y en qué radicaron, puesto que no se allegó ni un solo medio de prueba al respecto, ya que sobre este aspecto nada dijeron los señores Jorge Alirio Hernández Parra, Antonio Mendivelso Ávila y Gloria Yaneth Bermúdez, testigos y compañeros de trabajo de aquellos, pues es claro que los deponentes no tuvieron conocimiento directo de tal hecho, en la medida que de su dicho no se desprende que hayan estado presentes a la hora de su suscripción y que por tanto dieran cuenta de que la demandada en efecto vició el consentimiento de cada uno de los actores o lo sumo que no le fue informado acerca de lo que estaban firmando, bajo el entendido de que estos alegan que su empleadora los coaccionó y obligó a suscribir cláusula adicional al contrato de trabajo y que hubo error por falta de información con ocasión del contenido del mutuo acuerdo; lo que descarta de plano sus testimonios para los fines de demostrar que se acreditó el vicio que señaló el promotor del proceso.

Por manera que no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, no le queda otro camino a esta Sala que procurar por sus efectos, es decir, que la duración de contrato de trabajo varió por decisión libre y espontánea entre las partes, de allí que no haya lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende y, por tal razón, se deba confirmar la sentencia confutada.

Ello es así, porque en lo que hace a la terminación del contrato de trabajo, cumple decir que el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse *"(...) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada"* y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del ibídem; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibídem señala que el contrato de trabajo *"cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada"*, se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es la labor u obra para la que se contrata al trabajador, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal.

Lo anterior, fue ampliamente examinado por el máximo órgano de esta especialidad en sentencia SL 2600-2018, en la que se expuso:

*"Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar». La Corte coincide con el casacionista en que*

*frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado. Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad."*

Más adelante refirió:

*"Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado."*

En línea con lo expuesto, se evidencia que labor u obra contratada, se circunscribe en todos los casos a "la ejecución de la labor de **OPERADOR DE BUS ARTICULADO** por la duración del contrato de concesión sin número de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa **EXPRESS DEL FUTURO S.A.S.** y empresa contratante **TRANSMILENIO**." De manera que surge patente que la duración del laborío dependía, sin condicionamiento distinto, a la subsistencia misma del vínculo comercial que existió entre la demandada y Transmilenio S.A., mismo que finalizó el 15 de junio de 2019, conforme así lo certificó sociedad contratante el 2 de julio de 2020, documental que no sobra precisar no fue desconocida ni tachada de falsa por la parte demandante.

Conforme a lo anterior, si la duración del contrato de trabajo estaba supeditada a la ejecución y vigencia del contrato comercial, surge como evidente que la demandada sólo quedaba legitimada para finiquitar de modo legal, entre otras, por terminación del convenio suscrito con Transmilenio S.A., esto es, conforme al literal d) del art 61 del C.S.T., en el primer evento, o por la configuración de alguna de las causales establecidas en el literal a) del art 7 del Decreto 2351 de 1965 o previo pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de lo pactado conforme al artículo 64 del C.S.T.

Siendo ello así en cuanto al modo en que terminó la relación laboral, el caudal probatorio da cuenta válidamente que su finalización correspondió a una decisión unilateral que se justificó en lo definido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., es decir, en la causa legal consistente en terminación de la obra o labor contratada. Así se desprende de la carta de desahucio laboral adiada 14 de junio de 2019 que se le entregó a cada uno de los trabajadores, misma en la que se dijo al respecto:

*"Por medio de la presente, la Compañía se permite informarle que el Contrato de Concesión sin número de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** y **TRANSMILENIO S.A.** finaliza el día 15 de Junio (SIC) de 2019.*

*En virtud de lo anterior, nos permitimos informarle que la labor para la que usted fue contratado, la cual desarrolló al interior del mencionado contrato de concesión, no se hace necesaria hacia el futuro por la terminación del mismo, razón por la que el contrato individual de trabajo que le vincula con esta empresa tiene vigencia solo hasta la finalización de la jornada del día 15 de junio de 2019 y termina con todos sus efectos a partir del 16 de junio de 2019 inclusive y en adelante, todo de acuerdo a lo normado en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., subrogado por el artículo 5 de la Ley 50 de 1990"*

De acuerdo con la especificidad de la modalidad de los contratos de trabajo referenciados en precedencia, de cara a las cartas de terminación de los mismos, es claro para la Sala

que la finalización de la relación laboral se dio por causa legal de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 61 CST, subrogado por el artículo 5 de la Ley 50 de 1990, por haberse finalizado la labor en los términos que fueron contratados, de allí que sea notoriamente improcedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende los actores.

Respecto a las premisas fácticas con las cuales los demandantes fundamentan la súplica de obtener el pago de la indemnización por despido sin justa, debe señalarse que no cuentan con vocación de prosperidad, en tanto que, de los medios de persuasión anotados, se colige que las relaciones laborales que ataron a las partes estuvieron gobernadas primeramente por un contrato de duración definida y con posterioridad al de obra o por la naturaleza de la labor determinada, modificación de la que se resalta con total claridad la determinación de la obra, ya que su vigencia dependía de las circunstancias dadas en el contrato de concesión sin número de fecha 19 de abril de 2000, suscrito entre Transmilenio S.A. y la encartada, de manera que aquel vínculo marcaba con claridad la finalización de cada una de las relaciones laborales.

Por consiguiente, al finalizar la obra o labor contratada, esto es, el 15 de junio de 2019, sin que encuentre demostración en el plenario que el vínculo civil o comercial haya sido prorrogado, se debe decir que la terminación del vínculo laboral se dio por una causal objetiva, debiéndose por tanto confirmar la decisión de primer grado, pues en el *sub judice* no se dan las condiciones para condenar a la encartada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, por lo que así se dispondrá.

**5. Costas en primera instancia.** Debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la parte accionada no se le impartió condena alguna en su contra, es fácil concluir que acertó la *a quo* al imponer costas en primera instancia a los actores, sin que haya lugar a decretarlas en partes iguales tanto a ellos como a la pasiva, como lo pretende la apoderada judicial de los demandantes, pues tal situación no fue prevista en el citado presupuesto legal y en todo caso, debe recordarse que fueron vencidos en juicio.

**6. Costas.** Sin costas en esta instancia, por no haberse causado las mismas.

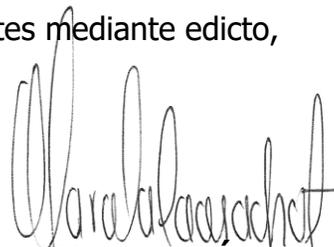
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

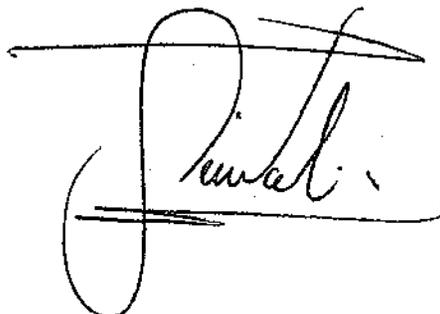
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ADRIANA PATRICIA TAPIA MORALES  
**Demandados:** COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 05-2019-00491-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – REVOCA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ALEJANDRA CIFUENTES VARGAS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Adriana Patricia Tapia Morales instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., con el propósito de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. En consecuencia, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad; que se condene a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante el tiempo de permanencia en las AFP; ordenar a COLPENSIONES que reactive la afiliación, actualice y corrija la historia laboral de la demandante, y se condene en costas procesales a las demandadas. De manera subsidiaria petitionó que se declare la inexistencia del acto jurídico del traslado.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 23 de julio de 1967, e inició sus cotizaciones en el otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 23 de marzo de 1994; que en el año de 1994 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., y posteriormente a PORVENIR S.A.; que ninguna de las AFP del RAIS le brindó información acerca del traslado de régimen, como sus beneficios o consecuencias adversas; que el 16 de mayo de 2019 presentó solicitud ante COLFONDOS S.A. respecto de su formulario de afiliación y la información brindada al momento del traslado; que el 14 de mayo de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. copia del formulario de vinculación, información sobre la asesoría presentada al momento del traslado y proyección pensional. (Expediente electrónico, archivo No 001)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, archivo No 01- Folio. 132); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado fue de manera libre y voluntaria, razón por la cual es plenamente válida, además que no se encuentra inmersa en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia; que COLPENSIONES no tuvo injerencia en dicha decisión de traslado; que el traslado de régimen afectaría los intereses de COLPENSIONES y descapitalizaría el fondo, poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que han cotizado al régimen de prima media durante toda su vida laboral. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política- adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, archivo No 01- Folios. 141 a 163)

**3.2. Porvenir S.A.** En el momento oportuno la AFP contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de esta, alegando que la decisión del traslado fue libre de presiones o engaños, tal como se evidencia del formulario de vinculación; que la AFP le garantizó el derecho al retracto; que la actora se trasladó a otras AFP del RAIS como COLFONDOS S.A. sin expresar inconformidad por ausencia de información; que la ineficacia de que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993 es contra actos dolosos que atenten contra el derecho de afiliación al sistema, lo que no acontece con la AFP demandada. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Expediente electrónico, archivo no 001 – Folios. 205 a 236)

**3.3. Colfondos S.A.** En la oportunidad procesal presentó allanamiento a las pretensiones, bajo la consideración de que no se cuenta con soporte de la asesoría o proyección que pueda demostrar que se le asesoró en debida forma. (Expediente electrónico, archivo No 001 – Folio. 255)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de abril de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolviendo a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, absteniéndose de imponer costas procesales.

La decisión del Juez tuvo sustento en que la demandante se había trasladado de manera libre y espontánea al RAIS, tal y como lo registraba los formularios de afiliación que reposaban dentro del expediente. No obstante, la defensa de las entidades demandadas estriba en que, al trasladar a la demandante al régimen de prima media se le estaría causando un perjuicio, ya que, al llegar a las 1.150 semanas cotizadas en el RAIS tendría derecho a una pensión de vejez, mientras que al retornar al régimen de prima media debería de cotizar como mínimo 1.300 semanas de cotización.

Concluyó que, resultaban acertados los argumentos de las demandadas, como quiera que de conformidad con el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, la demandante podría acceder a una pensión de vejez en el RAIS al completar 1.150 semanas de cotización; mientras que en el régimen de prima media tendría que cotizar hasta completar 1.300 semanas, lo que significa tres años más de cotización para percibir el mismo salario mínimo legal mensual vigente que obtendría en el RAIS, motivos que lo llevaban absolver a las accionadas de las pretensiones de la demanda.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por lo que se envió el expediente al Tribunal para desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 PORVENIR S.A.:** Presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión de instancia, mediante la cual se absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

**6.2 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal solicitó que, al no configurarse la ineficacia del traslado, debe absolverse de todas las pretensiones de la demanda.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Grado jurisdiccional de consulta.** Como quiera que la decisión de instancia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, se estudiará la decisión en su integridad de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen? (iii) ¿La conveniencia de continuar en el RAIS por ser el monto pensional igual al del RPMPD y exigir una densidad de semanas menor es argumento suficiente para no declarar la ineficacia del traslado? (iv) ¿La tesis de los "actos de relacionamiento" está llamada a prosperar? (v) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que la señora ADRIANA PATRICIA TAPIA MORALES, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 23 de marzo de 1993, con cotizaciones hasta el 01 de julio de 1994, conforme aparece en la historia laboral (folio. 27 archivo No 001); que suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A., el 20 de mayo de 1994 (fol. 26 archivo No 001); que posteriormente se trasladó a COLPATRIA S.A., hoy

PORVENIR S.A. con fecha del 08 de octubre de 1997 (folio. 265 archivo No 001), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (folio. 403 a 406 archivo No 001).

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la Colfondos S.A., esto es, 20 de mayo de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegirlo del interrogatorio de parte que surtió la demandante, ya que aquella manifestó que solo firmó un formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. sin ningún tipo de información y asesoría al respecto, incluso adujo que desconocía el traslado realizado a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., pues solo hasta el año 2015 se enteró que ya no estaba en COLFONDOS S.A.

En este punto, debe dejarse claro que la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Actos de relacionamiento.** Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica lo que ha dicho la Sala, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

**7. La conveniencia o no de la ineficacia del traslado.** El a quo sustentó la decisión absoluta en razón a que encontró que al declarar la ineficacia se hacía gravosa la situación pensional de la demandante, ya que de seguir en el RAIS obtendría la garantía de pensión mínima al cumplir las 1.150 semanas, mientras que al retornar a COLPENSIONES debía cotizar 1.300 semanas para recibir el mismo monto pensional de un salario mínimo legal mensual vigente, es decir, apreció que no era conveniente acceder al traslado de régimen en virtud de la ineficacia del traslado.

Considera la Sala que tal disquisición es equivocada, ya que en los procesos de ineficacia del traslado no se indaga acerca de la conveniencia de continuar en el RAIS o no, lo que se verifica es el cumplimiento por parte de la AFP del deber de información al MOMENTO DEL TRASLADO, lo que no logró acreditarse por COLFONDOS S.A., quien de paso sea decirlo, se allanó a las pretensiones aduciendo en que no contaba con sustento probatorio de la asesoría brindada al momento del traslado, de allí que lo procedente por el a quo era aplicar las consecuencias jurídicas ante la falta del deber de información, esto es, declarar la ineficacia del traslado. En efecto, en lo que si le asiste razón al a quo es en haberle llamado la atención al apoderado judicial, para que previo a interponer una acción judicial sopesase las particularidades de los reclamantes, pues existen eventos en que por el número de semanas cotizadas y por el IBC con el que se realizan los aportes les conviene seguir afiliados y pensionarse en el RAIS, a pesar de que eventualmente el acto de traslado no haya estado precedido del cumplimiento al deber de información.

Nótese que la parte actora en su demanda, al margen de las circunstancias particulares actuales en relación con su situación pensional, pretendió de la judicatura que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado al RAIS, lo que en efecto se configura; sin embargo, el juez primigenio se abstuvo de declarar la ineficacia al apreciar que le generaría un perjuicio a la demandante. Decisión que al no haberse recurrido se estudia en el grado jurisdiccional de consulta, aunque de cara a las pretensiones y no frente a la conveniencia o no de la demandante en permanecer afiliada al RAIS. Ello por dos razones, la primera, porque ninguna de las pretensiones se endereza o hace referencia a querer continuar afiliada al RAIS, y segundo, porque la discusión versó sobre la comprobación por parte de las demandadas del deber de información y las consecuencias que ello acarrea, sin que para ello sea requisito la verificación de la eventual situación pensional en que pueda verse incurso la actora, pues tal circunstancia la debía haber previsto antes de acudir al aparato judicial.

Ahora, sostener que no se puede declarar la ineficacia del traslado por la conveniencia de la actora en permanecer en el RAIS en razón a que eventualmente accedería a la garantía de pensión mínima en menor tiempo que en el régimen de prima media con prestación definida, sería tanto como convalidar la falta del deber de información en que incurrió la AFP, y tal como lo diría la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1055-2022), *"ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial"*.

De igual modo, la sentencia previamente citada resulta ilustrativa para entender que ante la falta del deber de información resulta imperativo declarar la ineficacia del traslado, y a pesar de que no es un caso similar, lo allí dicho puede servir de base para entender que de la manera como fue planteada la demanda, no es procedente dejar de declarar la ineficacia del traslado tras la verificación del incumplimiento del deber de información, con fundamento en que le conviene permanecer afiliada en el RAIS. Dice la Corte:

*"Téngase presente que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que el afiliado se ocupe de verificar su estatus pensional, como equivocadamente lo concluyó el Tribunal, o se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, lo que no sucedió en el asunto."*

*Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que*

pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte se ha enfocado en garantizar el derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado”.

Así las cosas, como en el presente asunto se constató la falta del deber de información al momento del traslado, lo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado, lo procedente es declarar la misma, accediendo a las suplicas de la demanda, sin que ello implique desconocimiento del grado jurisdiccional de consulta, pues en términos procesales, la sentencia de primer grado fue adversa a las pretensiones de la demanda, y en esta instancia se está accediendo a las mismas, independientemente de que la situación pensional de la actora eventualmente pueda ser más favorable en el RAIS, pues se itera, tal situación la debía haber sopesado antes de acudir al aparato judicial.

Ahora, en gracia de discusión y de cara al argumento sostenido por el a quo, cumple precisar que erró en sus consideraciones, pues estimó que la demandante obtendría la garantía de pensión mínima al cumplimiento de las 1.150 semanas, mientras que en el RPMPD debía acreditar 1.300, siendo el monto pensional en uno y otro régimen es el mismo de un salario mínimo; sin embargo, tal apreciación no corresponde con las pruebas documentales adosadas, dado que solo tuvo en cuenta la proyección pensional que aportó la AFP PORVENIR S.A. (Fols. 269 archivo No 001), en la que se evidencia que a los 58 obtendría como mesada pensional en cualquiera de los dos regímenes el valor de \$908.526.



Pese a lo anterior, no se tuvo en cuenta la proyección aportada por COLPENSIONES que milita a folio 399 a 400, en la que se estima un IBL de \$2.996.024, una tasa de reemplazo de 63.85%, y un monto pensional de \$1.912.961, como a continuación se detalla:

Dicho esto, se procederá con el estudio del caso particular, así:

Nombre del Afiliado: ADRIANA PATRICIA TAPIA MORALES  
Fecha de Nacimiento: 23/07/1967  
Sexo: Femenino  
Edad Actual: 53 años  
IBC proyectado (último salario cotizado actualizado): \$ 908.526  
Número de semanas cotizadas a la fecha: 1.003  
Edad estimada de pensión: 59 años

---

www.colpensiones.gov.co  
Línea gratuita 01.8000 410909

 El futuro es de todos  Gobierno de Colombia

---



IBL estimado: \$ 2.996.024  
Número de total de semanas a la fecha de pensión: 1.300  
Tasa de remplazo: 63,85%  
Monto de la pensión proyectada en RPM: \$ 1.912.961

Lo anterior para decir que fueron equivocadas las consideraciones del a quo al respecto, no solo porque no es procedente revisar en los casos de ineficacia del traslado la conveniencia o no del afiliado de seguir afiliado en el RAIS ante un eventual reconocimiento pensional, sino porque las proyecciones arrojan resultados disímiles que ni siquiera generan total convencimiento de que en efecto le convendría a la actora seguir afiliada en el RAIS, y por ello, sí la pretensión de la actora está encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado, lo procedente ante la constatación de la falta del deber de información, es declararla con todos sus efectos, independientemente del análisis futuro, eventual e hipotético de su situación pensional, ya que ello depende de otras variables que no son procedentes ventilar en el presente proceso, pues como se observa, bien puede la actora regresar al RMPD, cotizar sobre un IBC superior al salario mínimo para mantener un IBL que pueda dar lugar a obtener una mesada pensional superior a la garantía de pensión mínima que obtendría en el RAIS, a pesar de que ello implique que deba cotizar más semanas que en el RAIS.

**9. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información.** En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 20 de mayo de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

**10. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**11. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). Así las cosas, no resulta atendible los argumentos expuestos por los fondos de pensiones demandados en su contestación de demanda.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: ".../as

<interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

**12. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**12. Demás excepciones:** Por el resultado obtenido en las consideraciones atrás mencionadas, se declaran no probadas las demás excepciones.

**13. Conclusión.** Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 23 de abril de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **ADRIANA PATRICIA TAPIA MORALES** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a **COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada. Así mismo, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

**14. Costas.** Sin costas en esta instancia al haberse estudiado la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta, las de primera se revocan y corren a cargo de las demandadas. Tásense.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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: REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de abril de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **ADRIANA PATRICIA TAPIA MORALES** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 20 de mayo de 1994 a **COLFONDOS S.A.**, y su posterior traslado a **COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.**, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales **ADRIANA PATRICIA TAPIA MORALES**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

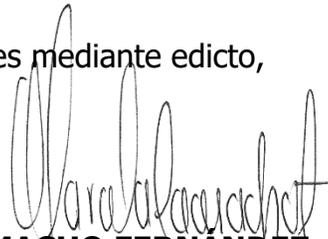
**TERCERO: CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** (durante el tiempo que estuvo afiliada la actora) y **PORVENIR S.A.**, a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada.

**CUARTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **ADRIANA PATRICIA TAPIA MORALES**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se revocan y corren a cargo de las demandadas. Tásense.

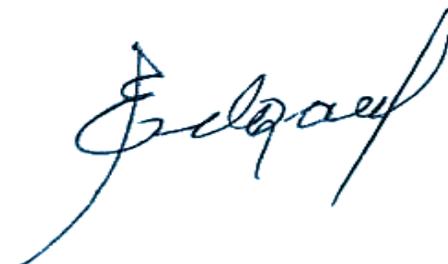
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado  
(Salva voto)



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** *ORDINARIO LABORAL*  
**DEMANDANTE:** *JOSE DOLORES FLOREZ BADILLO*  
**DEMANDADO:** *FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA*  
**RADICACIÓN:** *110013105-019-2018-00172-01*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN*  
**TEMA:** *INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL.*

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** El señor JOSÉ DOLORES FLÓREZ BADILLO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia, a reconocer y pagar a su favor la reliquidación o indexación de la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación, con los respectivos reajustes anuales pertinentes; el retroactivo pensional por las diferencias pensionales, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de trabajador oficial; que le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 28 de noviembre de 1991; que el último salario promedio era de \$162.958,92; que cumplió los 50 años de edad el 22 de marzo de 1998, fecha en la que le fue reconocida la pensión plena de jubilación; que desde el 28 de noviembre de 1991 al 22 de marzo de 1998 su salario promedio perdió poder adquisitivo; que la indexación a la pensión plena de jubilación es mayor a la que estableció la demandada el 22 de marzo de 1998; que presentó reclamación de la indexación de la primera mesada pensional (Fols. 55 a 61 archivo No 8 Exp. Digital).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Fols. 1 y 2 Archivo No 24 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones:

**El Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.:** Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que desde su retiro se le reconoció y pago una pensión especial de jubilación de conformidad con la ley aplicable al caso y teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales tanto de carácter legal como convencional que reglaban dicho reconocimiento, por lo que la mesada pensional que recibe el demandante se encuentra totalmente

ajustada a derecho. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, buena fe, falta de título o causa para demandar, y la genérica (Fols. 1 y 6 Archivo No 23 Exp. Digital).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 06 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró no probada la excepción de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, gravando en costas procesales al demandado (Fols. 1 a 2 Archivo No 9 y 10 Exp. Digital, con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la CSJ lo relativo a la indexación de la primera mesada pensional, la cual opera para todos los pensionados sin importar su vigencia, ello de conformidad con los postulados de la Constitución Nacional; encontró que la entidad demandada reconoció la pensión especial de jubilación mediante resolución No 2114 de 1991, en la que estableció como mesada pensional la suma de \$ 74.804, correspondiente al 60% del salario de liquidación, y luego, con resolución No 848 del 01 de junio de 1999 procedió a reconocer la pensión plena de jubilación al cumplimiento de los 50 años, en valor de \$436.544, efectiva a partir del 22 de marzo de 1998.

Ello así, procedió a realizar el cálculo de la primera mesada pensional teniendo en cuenta la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia, precisando que si bien no hubo interrupción del salario en tanto que una vez se retiró empezó a percibir la pensión especial de jubilación a partir del 02 de agosto de 1991, lo cierto es que al actualizarse el salario base de liquidación (\$48.750) desde 1991 hasta el año 1998, teniendo en cuenta el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior, esto es diciembre de 1990 (7.65) y el de diciembre de 1997 (31.21), el que le arrojó un ingreso base de liquidación de \$198.890, al que se le aplica el 75%, dando como resultado una mesada inicial de \$149.167, suma inferior a la que reconoció la demandada para esa fecha, por lo tanto concluyó que la empresa reconoció en debida forma la mesada pensional y no existe diferencias en favor del demandante. Finalmente, condenó en costas al demandante.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Se presentó apelación por el **demandante**, quien manifiesta que obtuvo la pensión a partir de la fecha de retiro, que lo fue el 28 de noviembre de 1991 y no la que mencionó la a quo; que la base salarial que se extrajo en primera instancia es desproporcionada y en contra de los intereses del demandante, ya que el último salario fue de \$192.808 y al indexarlo al 22 de marzo de 1998, se concluye que la pensión plena de jubilación es mayor a la que reconoció el Fondo de Pasivo Social. En síntesis, menciona que la pensión plena de jubilación estuvo mal liquidada y por ende deben prosperar las pretensiones.

**6. Alegatos de conclusión.** La parte demandante solicita en los alegatos que se tenga en cuenta los precedentes jurisprudenciales sobre la materia.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación y Principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por el recurrente.

**2. Problemas jurídicos.** Centra la atención de la Sala en establecer: i) ¿Hay lugar a indexar la primera mesada pensional del demandante?, en caso positivo, ii) ¿hay lugar al retroactivo pensional y su indexación?

**3. Indexación primera mesada pensional.** No es objeto de discusión que el señor José Dolores Flórez Badillo laboró al servicio de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia durante el periodo comprendido entre el 05 de noviembre de 1973 hasta el 02 de agosto de 1991, es decir, 6.141 días, equivalente a 17 años, y 26 días (Fol. 7 Archivo No 8 Exp. Digital); que mediante Resolución No 2414 del 08 de octubre de 1991 le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación de carácter especial en valor de \$74.804,8, efectiva a partir del 03 de agosto de 1991 (Fols. 7 a 11 Archivo No 08 Exp. Digital); que mediante resolución No 848 del 01 de junio de 1999 se hace el reconocimiento de la pensión plena de jubilación, a partir del 23 de marzo de 1999, en valor de \$ 436.544,02 (Fols. 18 a 19 Archivo No 08 Exp. Digital); finalmente, que el 15 de mayo de 2017 elevó reclamación de indexación ante la demandada (Fols. 41 a 42 Archivo No 08 Exp. Digital).

Puestas así las cosas, esta Sala de Decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en derredor a casos de similares contornos facticos y jurídicos en la que se plantea todo lo pregonado a la indexación de la primera mesada pensional.

Es así que, para mejor brevedad se colaciona la sentencia SL1222 de 2021, en la que reitera lo expuesto en la SL736-2013, providencias en las que de manera general se trasluce la prosperidad de la indexación de la primera mesada pensional.

En lo atinente y que interesa a la Litis, se adoctrina:

*"Pues bien, respecto de la figura de la indexación, la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado (CSJ SL736-2013) que: (i) la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) la indexación constituye una especie de «derecho universal que procede para todo tipo de pensiones, reconocidas en cualquier tiempo», de modo que cualquier diferencia al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad. En consecuencia, tanto las pensiones legales, como las extralegales son susceptibles de esta corrección monetaria".*

*Esto quiere decir que resulta irrelevante si la prestación fue causada con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 o si tiene origen en la ley, pacto, convención, laudo, conciliación o acto unilateral del empleador, pues lo cierto es que la actualización de la base salarial de las pensiones constituye un derecho universal de todos los pensionados y, en esa medida, su carácter no es excepcional, sino general".*

Ahora, frente a la actualización del ingreso base para liquidar la prestación, en casos como el aquí estudiado en que transcurre un tiempo entre el retiro y el disfrute de la prestación, la providencia atrás aludida propala de manera histórica las decisiones que han tocado ese tema, empezando desde la de radicado No 46832 del 2012 hasta la SL649-2020, para adoctrinar que: "procede la actualización del ingreso base que

*sirve para liquidar la pensión solicitada, siempre que transcurra un tiempo entre el retiro del servicio y el disfrute de la pensión”.*

Así las cosas, descendiendo al sub examine precisa la Sala que es equivocado el argumento según el cual, al venirse reconociendo la pensión vitalicia de jubilación de carácter especial desde el momento del retiro (03 de agosto de 1991), una vez arribado a la edad de 50 años (23 de marzo de 1999), solo era aumentar el 15% para ajustar el 75% de la pensión plena de jubilación, ello en la medida en que la pensión vitalicia de jubilación de carácter especial reconocida lo fue del 60%, cálculo que se encuentra detallado en la documental de folio 17 del expediente administrativo.

Lo anterior, en razón a que, en efecto no transcurrió ningún lapso de tiempo entre el retiro y el disfrute pensional, pero debe decirse que la pensión otorgada a partir del 03 de agosto de 1991, lo fue en un 60 % del salario promedio, misma que se obligó a reconocer hasta el cumplimiento de los 50 años, data en la que según lo establecido en el artículo 3 del Decreto No 1651 de 1991 se le reconocerá en un 75% del salario promedio consistente en la pensión de jubilación ordinaria, por ello, al hacer el ejercicio matemático, el reconocimiento a partir del cumplimiento de los 50 años (23 de marzo de 1999) no podía consistir en aumentar solo la diferencia existente del 60% al 75%, ya que olvida la entidad demandada que la pensión que reconoció desde el 03 de agosto de 1991 hasta el 22 de marzo de 1999, se actualizó de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, con los reajustes anuales aplicable a las mesadas pensionales, que consisten en concreto al porcentaje de la inflación anual o incremento del IPC anual, mientras que para efectos de actualizar un ingreso base de liquidación se toma el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior, tanto del año inicial como final, y ese resultado se multiplica por el valor de la base de liquidación, generando el valor ACTUALIZADO de la mesada pensional, valor que no va a coincidir si la actualización de una suma fija de dinero en el tiempo se hace con el IPC anual con el que se actualiza las mesadas pensionales cada año, razón por la que, al obligarse la entidad demandada a reconocer la pensión plena de jubilación a la edad de 50 años debía en esa fecha actualizar la base de liquidación para luego aplicar el porcentaje del 75%, y en ese orden, el reconocimiento pensional a partir del 23 de marzo de 1999 no se contraía a simplemente hacer la regla de tres, sino a actualizar la base de liquidación conforme la fórmula que ha establecido la Corte Suprema en estos eventos, y que se encuentra en las sentencias atrás colacionadas.

Como refuerzo de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2054-2022, en un caso de idénticos contornos al aquí expuesto expresó:

*"[...] La postura adoptada por el Tribunal en la sentencia recurrida se acompasó con la tesis aquí expuesta respecto de la tipología de las pensiones a que se refiere el art. 7.º del Decreto 895 de 1991, de donde fluye que la pensión obtenida con tiempos servidos exclusivamente a la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, cumpliendo los requisitos allí referidos, es una sola prestación, que muta de proporcional a plena, cuando se llega a los 50 años de edad para alcanzar una tasa de reemplazo definitiva de 75% del IBL, calculado como lo señalan los artículos 9.º y 10.*

*De hecho, como lo resaltó el Tribunal, el mismo artículo 7.º del Decreto 895 de 1991 señala que «El empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá*

*derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado [...] (subrayas de la Sala)», con lo cual, es claro que para acceder a la pensión plena es necesario «acogerse a este régimen» y «este régimen» no es otro que aquel detallado a lo largo de la parte primera del artículo, es decir, el que describe la pensión especial proporcional. (subraya fuera del texto original)”*

En ese orden, la Corte indicó que pese a que a los actores se les había reconocido la pensión especial de jubilación a partir de la fecha de retiro (27 de noviembre de 1991, en un 68%, y al otro el 31 de enero de 1992, en un 58%), al cumplimiento de los 50 años de edad (31/12/1995 y 7/05/2000), el reconocimiento de la pensión plena de jubilación no se limitaba a reconocer el excedente del 7% y 17%, respectivamente, sino que debía actualizar la base salarial que da origen a la pensión, desde su retiro hasta la causación de la prestación, como efectivamente lo hizo la Corte en sede de instancia.

Frente a la fórmula y el IPC utilizado, la Sala de Casación Laboral (SL649-2020) en casos de similares contornos ha delineado:

*“Ahora, esta Corporación ha determinado que la fórmula para indexar la primera mesada pensional corresponde al valor del salario multiplicado por el cociente resultante entre el IPC final –estructuración del derecho- y el IPC inicial –data del último salario o desvinculación- y que esos índices económicos corresponden a los de 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Este criterio ha sido planteado en sentencias CSJ SL4629-2016, 5509-2016, CSL13688-2016, entre otras”.*

Así las cosas, al descender al caso concreto, se tiene que la relación laboral del petente finalizó el 03 de agosto de 1991 y la pensión plena de jubilación se le reconoció a partir del 23 de marzo de 1999, razón por la cual, al reemplazar la fórmula matemática se tendría que tomar el IPC inicial el del 31 de diciembre de 1990 (**7.65**) y el IPC final el del 31 de diciembre de 1998 (**36.42**), para sustituir ambos valores que, luego de dividirse, daría como resultado **4.76** y, al multiplicar este por el salario promedio (**\$124.674,80**), el salario base para liquidar la pensión sería \$ **593.546,02** para el año 1999, valor superior al calculado por la a quo, por lo que al ser punto de apelación se tendrá en cuenta el encontrado en esta instancia, esto es, \$ **593.546,02**. En este punto, valga precisar que no es procedente tener en cuenta el valor que estimó el recurrente de **\$192.808**, ya que no se encuentra determinado en ninguna documental del expediente administrativo, y además porque se tiene en cuenta es la base salarial con la que se liquidó la pensión especial de jubilación en el año de 1991, solo que cambia es la tasa de reemplazo una vez se causa la pensión plena de jubilación, es decir, al cumplimiento de los 50 años de edad, y así también lo ha desarrollado la jurisprudencia como en la SL2054-2022, SL3798-2022 y SL2692-2022.

Sobre el anterior valor se aplicará una tasa de reemplazo del 75 % punto que no es objeto de discusión, arrojando como primera mesada pensional el valor de **\$445.159,51** a partir del 23 de marzo de 1999, valor que es superior al que reconoció la demandada en la suma de \$436.544,02, por lo que prospera la pretensión en este aspecto.

Acto seguido, como quiera que desde que se reconoció la pensión plena de jubilación (Resolución No 848 del 01 de junio de 1999), no se viene cancelando la mesada en debida forma, en línea de principio se ordenaría el reconocimiento de las diferencias

pensionales a partir del 23 de marzo de 1999; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción, cumple relieves que, en efecto la exigibilidad de la indexación de la primera mesada pensional se causó a partir del 23 de marzo de 1999, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó reclamación el 15 de mayo de 2017 (Fols. 41 a 42 Archivo No 08 Exp. Digital), y la presentación de la demanda fue el 14 de marzo de 2018 (fol. 1 archivo No 01 Exp. Digital), es decir, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la reclamación del derecho, esto es, las causadas con anterioridad al 15 de mayo de 2014, prescripción que ha de declararse probada parcialmente por haber sido alegada por la entidad demandada.

**4. Retroactivo pensional.** Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$2.722.574**, correspondiente a las mesadas causadas entre 15 de mayo de 2014 y el 30 de noviembre de 2022, y a partir del 1º de diciembre de 2022 el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a \$1.361.548,37, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, por haberse causado la prestación con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005.

REAJUSTE PENSIONAL						
Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Total retroactivo
1999	9,23%	\$ 436.544	\$ 445.159,51	\$ 8.615		\$ 0
2000	8,75%	\$ 476.837	\$ 486.247,73	\$ 9.411		\$ 0
2001	7,65%	\$ 518.560	\$ 528.794,41	\$ 10.234		\$ 0
2002	6,99%	\$ 558.230	\$ 569.247,18	\$ 11.017		\$ 0
2003	6,49%	\$ 597.250	\$ 609.037,56	\$ 11.787		\$ 0
2004	5,50%	\$ 636.012	\$ 648.564,10	\$ 12.552		\$ 0
2005	4,85%	\$ 670.993	\$ 684.235,12	\$ 13.242		\$ 0
2006	4,48%	\$ 703.536	\$ 717.420,53	\$ 13.885		\$ 0
2007	5,69%	\$ 735.054	\$ 749.560,97	\$ 14.507		\$ 0
2008	7,67%	\$ 776.879	\$ 792.210,98	\$ 15.332		\$ 0
2009	2,00%	\$ 836.465	\$ 852.973,57	\$ 16.508		\$ 0
2010	3,17%	\$ 853.195	\$ 870.033,04	\$ 16.838		\$ 0
2011	3,73%	\$ 880.241	\$ 897.613,09	\$ 17.372		\$ 0
2012	2,44%	\$ 913.074	\$ 931.094,05	\$ 18.020	0	\$ 0
2013	1,94%	\$ 935.353	\$ 953.812,75	\$ 18.460	0	\$ 0
2014	3,66%	\$ 953.499	\$ 972.316,72	\$ 18.818	10	\$ 188.179
2015	6,77%	\$ 988.397	\$ 1.007.903,51	\$ 19.507	14	\$ 273.093
2016	5,75%	\$ 1.055.311	\$ 1.076.138,58	\$ 20.827	14	\$ 291.582
2017	4,09%	\$ 1.115.992	\$ 1.138.016,54	\$ 22.025	14	\$ 308.348
2018	3,18%	\$ 1.161.636	\$ 1.184.561,42	\$ 22.926	14	\$ 320.959
2019	3,80%	\$ 1.198.576	\$ 1.222.230,47	\$ 23.655	14	\$ 331.166
2020	1,61%	\$ 1.244.122	\$ 1.268.675,23	\$ 24.554	14	\$ 343.750
2021	5,62%	\$ 1.264.152	\$ 1.289.100,90	\$ 24.949	14	\$ 349.284
2022		\$ 1.335.197	\$ 1.361.548,37	\$ 26.351	12	\$ 316.212
					<b>TOTAL</b>	<b>\$ 2.722.574</b>

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de mayo de 2014, se reconoció de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021).

Se confirmará la autorización para que se realicen los descuentos al subsistema general en salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

**5. Indexación.** Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

*"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral"*.

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la juez de primer grado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria de la sentencia de primer grado, para en su lugar impartir condena por indexación de la primera mesada pensional.

**6. Costas.** Costas en esta instancia a cargo de la demandada y a favor del demandante por haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera se revocan y corren a cargo de la demandada. Tásense.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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.: REVOCAR** la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la demandada de las suplicas de la demanda, para en su lugar, **CONDENAR** al **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES** a reconocer y pagar al señor **JOSÉ DOLORES FLÓREZ BADILLO**, la suma de \$ **2.722.574**, por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 15 de mayo

de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2022, sin perjuicio de las diferencias pensionales que se siga generando hacia futuro. A partir del 01 de diciembre de 2022, la entidad demandada seguirá reconociendo una mesada pensional por valor de \$ 1.361.548,37, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre. Autorizando a la demandada realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud.

**SEGUNDO: CONDENAR** al **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES** a reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación.

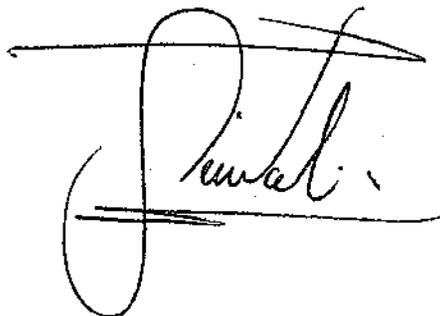
**TERCERO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 15 de mayo de 2014. Por sustracción de materia las demás excepciones se declaran no probadas.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada y a favor del demandante. Las de primera se revocan y corren a cargo de la demandada. Tésense.

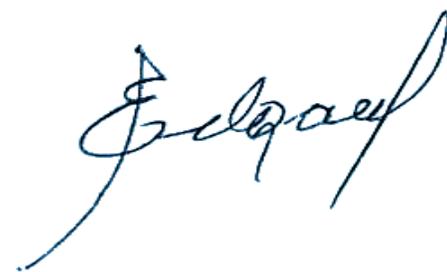
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **JOSÉ DOLORES FLÓREZ BADILLO** y a cargo de la demandada **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES**, en la suma de un SMLMV, esto es, \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ANA CRISTINA PÉREZ CONTRERAS  
**Demandados:** COLPENSIONES Y OTRAS  
**Radicación:** 12-2021-00341-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Ana Cristina Pérez Contreras instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare que los fondos omitieron su deber de información al no brindar información pertinente y comprensible sobre las características y consecuencias de trasladarse de régimen; la ineficacia y/o nulidad de las afiliaciones al RAIS, por tanto, se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. Así las cosas, solicitó condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar el valor de los saldos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos y gastos de administración con destino a Colpensiones, entidad que deberá aceptar su vinculación y recibir las citadas sumas; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al ISS el 9 de noviembre de 1994, trasladándose a Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. el 1 de abril de 1996, con posterioridad a AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 20 de marzo de 1998 y finalmente a Santander hoy AFP Protección S.A. el 5 de abril de 2001. Refirió que aquellas no le brindaron ningún tipo de asesoría e información relacionada con las diferencias entre ambos regímenes, ventajas o desventajas, ni los riesgos que traería el traslado de régimen pensional. (Expediente electrónico, PDF 001, págs. 3 a 14)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 006, págs. 14 y 15); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que la actora se vinculó a las AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., de manera libre y voluntaria, sin presiones y libre de vicios, de ahí que su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad es válida. Refirió que se encuentra imposibilitada para asumir el traslado de aquella, toda vez que se encuentra dentro de la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos

por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y genérica. (Expediente electrónico, PDF 008)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda aduciendo que brindó a la demandante información pertinente, necesaria, clara y veraz, sin que obre prueba tendiente acreditar que existió vicios en su consentimiento, de manera que la afiliación es válida. Formuló como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 007)

**3.3 AFP Protección S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, aunado por cuanto a que cumplió con su deber de asesorar y acompañarla y en ningún momento la engañó, ni mucho menos la obligó a afiliarse a la entidad, suministrándole una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, en la cual, la demandante pudo obtener la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional. (Expediente electrónico, PDF 010)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 12 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1 de abril de 1996 y válidamente vinculada al RPM. Así las cosas, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y gastos de administración, así mismo, a AFP Porvenir S.A. lo relativo a gastos de administración, comisiones, y seguros previsionales, todo debidamente indexado. Ordenó a Colpensiones para que acepte las transferencias y, por último, gravó en costas a la demandada.

La decisión del Juez tuvo sustento en los artículos 13, 36, 59, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; Decretos 663 de 1993, 656 de 1994, 692 de 1994 y 720 de 1994; artículos 6 y 60 del C.P.T. y de la SS; 164 y 167 del C.G.P.; y sentencias C 789 de 2002, 1024 de 2004, 062 de 2010, SL 3871 de 2021, 373 de 2021, 1452 de 2019, 1688 de 2019, 1689 de 2019, 12136 de 2014 y la 4360 de 2019; señalando que las AFP deben garantizar que al momento de la afiliación o traslado existió una decisión informada y que esta última debe guiar a la afiliada a tomar la decisión; que el afiliado debe conocer las ventajas, desventajas o incidencias; que es deber de las AFP demostrar que no existió irregularidad al brindar la información suficiente al potencial afiliado; que la sanción a la afiliación desinformada es la ineficacia; que la verificación de la información se da desde la primera afiliación o traslado de régimen; que la solicitud de vinculación sólo contiene datos personales y laborales, pero de ello no se puede deducir el cumplimiento del deber de información; que del interrogatorio de parte no se evidencia ninguna confesión; que los actos de relacionamiento deben ser de tal envergadura que no le quede duda al operador judicial que la voluntad de la demandante era de permanecer en dicho régimen; que las AFP deben retornar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y finalmente que la prescripción no es posible aplicarla debido a su conexidad con el derecho de la seguridad social.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1. Colpensiones.** Interpuso recurso de apelación esgrimiendo que la actora realizó traslados sucesivos en el régimen de ahorro individual, efectuando aportes voluntarios, situación de la que dimana actos de relacionamiento, lo que indica exteriorización de la voluntad. Refirió que la afiliada se encuentra dentro de la prohibición de traslado señalada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, de manera que de ordenarse el traslado ello atentaría contra la estabilidad financiera y fiscal del sistema. Señaló que actuó de buena fe y en estricta aplicación del principio de legalidad, de ahí que no debe ser condenada en costas.

**5.2. AFP Porvenir S.A.** Como fundamento de su apelación señaló que el traslado de régimen pensional efectuado a Horizonte es válido y eficaz, por cuanto cumplió con el deber de información exigido para la época, realizando una debida asesoría, situación que corroboró la actora en el interrogatorio de parte, suscribiendo el formulario de afiliación, documento válido para la fecha de traslado. Agregó que aquella ratificó esa voluntad con diferentes actos, por tanto, se respetó el derecho a la libre elección de régimen pensional, sin que en manera alguna haya sido coaccionada, además, evidencia que la inconformidad que presenta es con la mesada pensional, sin que ello sirva de fundamento para declarar la ineficacia.

En lo atinente a devolver gastos de administración y seguros Provisionales, es claro que las administradoras Horizonte y Colpatria hicieron la deducción de esas sumas amparados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que AFP Porvenir S.A. propiamente haya administrado esos recursos, situación que considera como válido para no impartir condena alguna.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información a la parte actora de este proceso, durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional.

**6.2. Colpensiones.** En su escrito de alegaciones indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

**6.3. AFP Porvenir S.A.** Refirió que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La tesis de los "actos de relacionamiento" está llamada a prosperar?; (v) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (viii) ¿debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que la señora Elba Lucia Moya Jiménez, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 9 de noviembre de 1994, con cotizaciones hasta el 30 de marzo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien realizó traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. el 1º de abril de 1996, al Fondo de Pensiones Colpatria el 20 de marzo de 1998 y Pensiones y Cesantías Santander hoy AFP Porvenir S.A. el 5 de abril de 2010, donde actualmente se encuentra afiliada.

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009,

considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

Así, para la data en que la actora se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy AFP Porvenir S.A., esto es, 30 de marzo de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información.** En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy AFP Porvenir S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 30 de marzo de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

**7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**8. Actos de relacionamiento.** Alude la censura que en el presente asunto debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones y traslados en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de

acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica lo que ha dicho la Sala, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

**9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

*(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al*

*de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: “...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces” (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

**11. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**12. Costas en primera instancia.** Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

**13. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

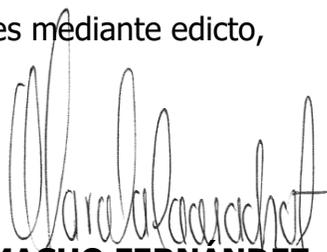
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

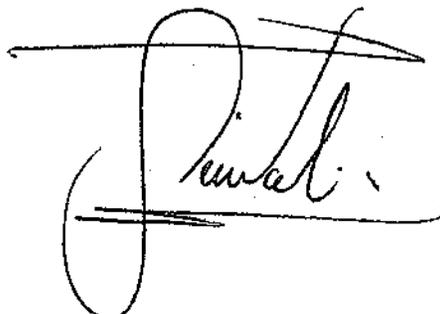
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de AFP Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

## **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** NORMAN PARRA SUÁREZ  
**Demandados:** COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 02-2021-00222-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Norman Parra Suárez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del RPM hacia la RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo privado trasladar los aportes a pensión obligatorios, junto con los rendimientos. Así mismo, solicitó que Colpensiones acepte el traslado; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que como trabajadora independiente se afilió de manera libre y voluntaria al régimen de prima media administrado en su momento por el ISS, trasladándose a AFP Porvenir S.A. el 25 de octubre de 1994, sin suministrarle ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión. (Expediente electrónico, PDF 01. Escrito Demanda)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 08. Constancia de notificación ANDJE 2021-222); SIN embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que no obra prueba alguna de que el actor se le hubiese hecho incurrido en error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, tampoco que dentro de la solicitud nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por del demandante, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Afirmó que la aquella se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó 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 e instituciones

administradoras de seguridad social del orden público; inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

(Expediente electrónico, PDF 10. Contestación Dda Colpensiones)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que cumplió con los deberes que en materia de información le eran oponibles para la fecha de solicitud de traslado, es decir, lo contenido en el Decreto 663 de 1993 y en esta medida informó sobre las características, requisitos, funcionamiento y condiciones del RAIS según las condiciones del afiliado para la fecha de suscripción del formulario. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 07. Contestación Porvenir)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado realizado a la AFP Porvenir S.A. y, en consecuencia, condenó a ésta devolver a Colpensiones los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluido los rendimientos generados, gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones recibir los aportes y afiliarse sin solución de continuidad y gravó en costas al fondo de pensiones privado.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que la AFP desde su fundación debió brindar información objetiva, comparada y transparente a los afiliados sobre las consecuencias de cada uno de los regímenes. Refirió que en estos casos existen tres etapas sobre la evolución del deber de información, configurándose el presente caso la primera. Aclaró que de acuerdo con la jurisprudencia se entiende como insuficiente aportar el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del deber de información siendo que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP demandada. Afirmó que no se acredita tal deber con la convalidación de los actos del demandante, determinada por su permanencia en el régimen.

Con fundamento en lo anterior encontró procedente devolver los aportes junto con los gastos de administración a Colpensiones, concluyendo que la acción intentada para declarar la ineficacia es imprescriptible al encontrarse estrechamente relacionado con el derecho de pensión. Dijo que tal suerte no corre el pedimento relacionado con la pensión de vejez, en vista de que será Colpensiones quien eventualmente asuma el pago de la prestación, por lo que se podrá solicitar el reconocimiento y pago de la pensión ante esta entidad una vez efectúe la devolución de los aportes y sea actualizada la historia laboral.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que de los medios de prueba allegados al plenario se puede evidenciar que el actor realizó de manera libre y voluntaria el traslado a la AFP demandada, entidad que realizó una asesoría precontractual, sin que el actor haya solicitado cambio régimen durante el tiempo de vinculación. Indicó que quien debe probar que recibió información es el actor, debido a que fue quien recibió asesoría de manera verbal, al tiempo que le es imposible demostrar al fondo de pensiones. Pidió que no sea condenada en costas.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Colpensiones.** Alegó en su favor aduciendo que el demandante confesó durante la práctica del interrogatorio que, el asesor de la AFP le brindó asesoría a la hora de

protocolizar el traslado de régimen y no solicitó el traslado al RPM. Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del actor reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que Norman Parra Suárez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 22 de septiembre de 1992, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1993, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad, quien se trasladó a Pensiones y Cesantías Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 25 de octubre de 1994, mediante la suscripción del formulario núm.

102104, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a Pensiones y Cesantías Colpatria hoy AFP Porvenir S.A., esto es, 25 de octubre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto

por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la

AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo señaló el fallador de primer grado.

**9. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**10. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P.

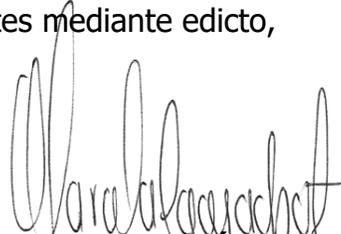
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

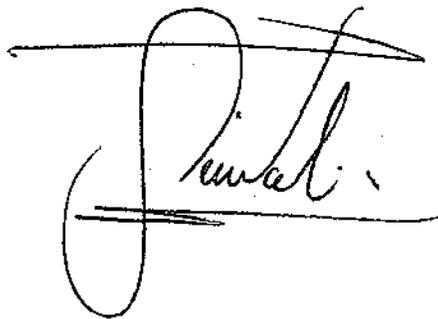
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

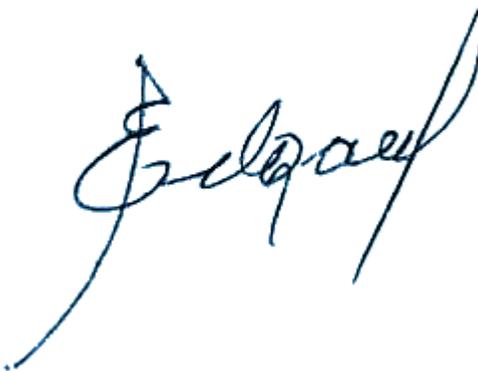
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

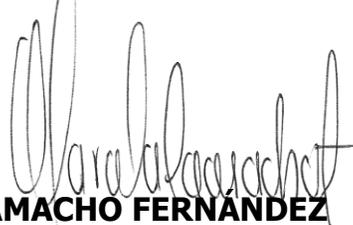


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** FLOR AURA BERMEO DE PAREJO  
**Demandada:** COLPENSIONES  
**Radicación:** 17-2017-00716-01  
**Tema:** GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – INCREMENTO PENSIONAL– CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Flor Aura Bermeo De Parejo instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, con el propósito de que se condene a la demandada a pagar el incremento pensional del 7% por persona a cargo, a partir del 1° de diciembre de 1998, debidamente indexado mes a mes; los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el ISS le reconoció pensión de vejez desde el 1° de diciembre de 1998, bajo los presupuestos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, misma que fue modificada mediante Resolución 000411 de 2003, en el sentido de reliquidar la tasa de reemplazo. Indicó que la pensión fue reconocida aplicando el régimen de transición señalado en el artículo 36 Ley 100 de 1993, además, que es madre del señor Edwin Francisco Parejo, quien es discapacitado y depende económicamente de su pensión. (Expediente electrónico, PDF. 2017-716, págs. 6 a 13).

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el incremento pensional del 7% desapareció de la vida jurídica, por no hacer parte del régimen pensional de la Ley 100 de 1993. En todo caso señaló que la actora no demostró los requisitos de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, ya que no prueba la dependencia económica requerida, además, tal prestación se encuentra prescrita. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, existencia del derecho reclamado, 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, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público y genérica. ((Expediente electrónico, PDF. 2017-716, págs. 44 a 57).

**3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma en ambos procesos (Expediente electrónico, PDF. 2017-716, pág. 42), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos.

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 29 de agosto del 2022, en la que el fallador declaró probada la excepción de prescripción formulada por la demandada y, en consecuencia, la absolvió de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por el demandante, gravando en costas.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que en el asunto no se hallaba en discusión la calidad de pensionada que ostenta la actora, prestación que le fue reconocida mediante Resolución 15618 de 1998, modificada mediante Resolución No. 4111 del 2 de septiembre del 2003, a quien se le aplicó por virtud del régimen de transición el Acuerdo 049 de 1990, normatividad que en efecto consagra el incremento del 7% por hijo en condición de discapacidad y sin pensión a cargo. Luego de ello, sostuvo que debía proponerse verificar la excepción de prescripción propuesta por la demandada, para ello citó los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., así mismo la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, significando que en el presente asunto operó en forma total tal medio exceptivo, toda vez que la demandante hizo la solicitud del incremento pensional 10 años después de haberse causado la pensión de vejez, es decir, por fuera del término trienal del que trata las citadas disposiciones.

(Expediente electrónico, audio AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2017-716\_20220829\_161832)

## **5. Alegatos de conclusión**

**5.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que tiene derecho al reconocimiento del incremento pensional por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por lo que el derecho debe ser reconocido a partir de la fecha de causación de la prestación pensional que da origen a este beneficio.

**5.2. Colpensiones.** Refirió en su escrito de alegaciones que no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que “ *Los incrementos de qué trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...*”; la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de los mismos y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Grado jurisdiccional de consulta.** El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la promotora del proceso, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Los incrementos por personas a cargo establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes? En caso afirmativo ¿El demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario?

**3. Supuestos fácticos no controvertidos por las partes.** Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que mediante Resolución 015618 del 30 de noviembre de 1998, el ISS hoy Colpensiones reconoció a la actora pensión de vejez, bajo lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aplicable por virtud del régimen de transición previsto en el

artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Tal prestación fue reliquidada por la misma entidad mediante Resolución 000411 del 2 de septiembre de 2003, por medio de la cual le fue aumentada la tasa de reemplazo al límite previsto en la citada disposición.

**4. Incremento pensional del 7%.** La cuestión por dilucidar se centra en establecer si a la demandante le asiste el derecho a incrementar la cuantía de su pensión de vejez en un porcentaje del 7%, conforme lo establece el artículo 21 del Acuerdo No. 049 de 1990.

**4.1. Vigencia de los incrementos por personas a cargo.** En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, sólo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dádiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se desprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominar como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitan los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición

de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompañarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuentan con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

**4.2. Respeto de la doctrina constitucional.** Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha

autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

**4.3. Caso en concreto.** Bajo ese contexto, en el caso de marras, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del (la) señor(a):

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
Flor Aura Bermeo De Parejo	Resolución No. 015618 de 1998	1 de diciembre de 1998	\$203.826

A quien se les reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

**5. Costas en segunda instancia.** Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, 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

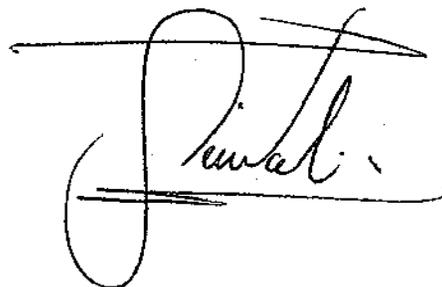
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de agosto del 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MOISÉS MUÑOZ NEIRA  
**Demandados:** COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 21-2021-00519-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Moisés Muñoz Neira instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo de pensiones codemandado trasladar los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos, pensionales y gastos de administración. Así mismo, pidió que, en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de la AFP, a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados los recursos a Colpensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de enero de 1987; que se trasladó a Porvenir S.A. el 6 de mayo de 1998, sin haberle suministrado ningún tipo de asesoría e información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión. (Expediente electrónico 01DemandayAnexos.pdf, pág., 8 a 41)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico 09NotificaciónAgenciaNacional.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones:** En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiese hecho incurrir en error, que exista algún tipo coacción en la afiliación, o que el fondo de pensiones haya omitido con su deber de información; tampoco evidenció vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, ni inconformidad por parte de aquella, siendo su vinculación de manera libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones a las que denominó 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 y excepción genérica.(Expediente electrónico, 08ContestaciónDemandaColpensiones.pdf, págs. 3 a 40)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Se opuso a las pretensiones con sustento en que el traslado es plenamente válido y eficaz, ya que fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia del formulario de afiliación. Dijo que la vinculación se dio bajo los parámetros legales de ese entonces, además, el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Expediente digital 07ContestaciónDemandaPorvenir.pdf, págs. 2 a 28)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 3 de octubre de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS y, en consecuencia, ordenó trasladar los aportes realizados por el actor, incluyendo bonos pensionales, rendimientos, los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, gastos de administración, comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados. Condenó a Colpensiones a recibir estas sumas y afiliarse al actor sin solución de continuidad; declaró no probada las excepciones y condenó en costas únicamente al fondo de pensiones demandado.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual la afiliación debe ser libre y voluntaria, además, en la sentencia SL1373 de 2021, en la que se dijo que la información no puede ser cualquiera, sino debe ser relevante, oportuna y clara, no bastando con señalar ciertos caracteres de uno u otro régimen pensional, sino, que hay que explicarle al potencial afiliado cómo se obtienen, cómo se llega, de qué depende y bajo este entendido el fondo de pensiones debe mencionar lo bueno y lo malo con el fin de brindar información completamente transparente para que se pueda trasladar de uno a otro régimen previsional.

Señaló que el formulario no es suficiente para acreditar al deber de información con nivel de claridad, además, significó que la carga de probar está en el fondo de pensiones porque está en la obligación de hacerlo dado a que es un experto y profesional en la materia. Así las cosas, dijo que el fondo de pensiones no demostró haber brindado al demandante información suficiente respecto del régimen al que se estaba trasladando, pues tan sólo conoció alguna de sus características, sin que haya sido clara y transparente.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1. Colpensiones.** Interpuso recurso de apelación señalando que el actor se encuentra en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, para su traslado, además, señaló que del interrogatorio de parte que se le surtió se podría desprender el conocimiento que tenía sobre el régimen de ahorro individual y que en ningún momento hubo algún tipo de coerción o presión para hacer la vinculación al nuevo régimen, el cual se mantuvo durante 28 años. Manifestó que era deber del demandante informarse respecto a su derecho pensional y las consecuencias del traslado, máxime cuando es mayor de edad, plenamente capaz y profesional.

**5.2. AFP Porvenir S.A.** Como argumentos de su recurso de apelación señaló que, aunque exista una línea jurisprudencial consolidada sobre la ineficacia de afiliación, esta sólo es procedente aplicar en la medida que exista similitud de los hechos, presupuestos que en el presente caso no se dieron, ya que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria

de cara a las cargas impuestas para el momento de hacer la afiliación. Preciso que en el interrogatorio de parte sobresale que si se le brindó información necesaria para conocer los elementos y riesgos de cada uno de los regímenes.

Frente a los rendimientos, gastos de administración y seguros provisionales aludió a que no es procedente su devolución de cara a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aunado a que, de aceptarse la devolución de estos conceptos, generaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, a lo que sumó que los gastos de administración son propios de la AFP, ya que estos se destinaron a cubrir el seguro previsional y generaron rendimientos, cumpliendo su función.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que en el momento de la afiliación al Rais, el representante solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por la administradora para la afiliación, sin que le hayan brindado información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS y los beneficios, así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en general sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen pensional.

**6.2. Colpensiones.** Refirió en su escrito de alegaciones que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** Los recursos de apelación interpuestos por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo,

cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que el señor Moisés Muñoz Neira se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de enero de 1987 con cotizaciones hasta el 1º de agosto de 1995 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (expediente electrónico, 08ContestaciónDemandaColpensiones.pdf, pág. 827); quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 6 de mayo de 1998, entidad donde se encuentra actualmente, según se verifica de su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico, 07ContestaciónDemandaPorvenir.pdf, págs. 38 a 87)

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 6 de mayo de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió al demandante, entre tanto, aquel se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral al gestor de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información y en esos términos se despachan desfavorablemente los reproches a la sentencia de primer grado.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación

a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto

jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo señaló el fallador de primer grado.

Tampoco puede pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

**9. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**10. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

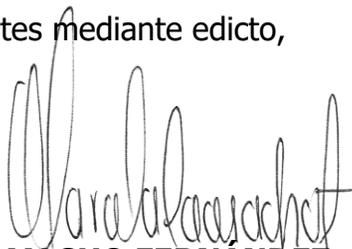
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

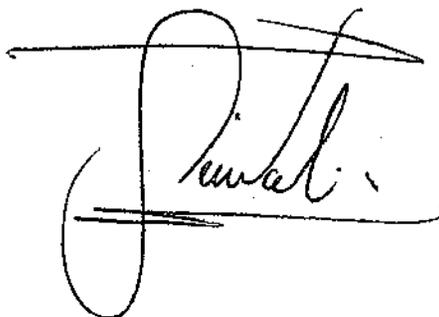
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

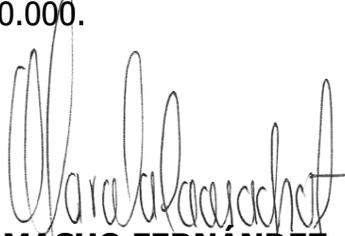


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MARÍA HELENA FARFÁN RAMÍREZ  
**Demandados:** COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**Radicación:** 19-2019-00222-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** María Helena Farfán Ramírez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el propósito de que se declare la anulación de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se condene al fondo de pensiones trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y a Colpensiones a recibirlos en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, quien deberá reconocer y pagar pensión de vejez en los términos de los artículos 9° y 10° de la Ley 797 de 2003; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 28 de junio de 1963 y que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de septiembre de 1988 al 31 de mayo de 2008, data a partir de la cual se trasladó a AFP Protección S.A., quien no le suministró ningún tipo de asesoría, tampoco información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, ni la mesada pensional que obtendría en cada uno de los regímenes. (fol. 3 a 24)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 175); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquella. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. (fols. 176 a 194)

**3.2. AFP Protección S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la actora de manera libre y voluntaria suscribió solicitud de vinculación al fondo de pensiones, sin que obre constancia de situación anómala o constreñimiento, por el contrario, los asesores fueron diligentes al brindar información verbal respecto a las diferencias entre el RPM y RAIS en los que concierne a la modalidad pensional y el cambio de mesada, brindándole una proyección pensional comparada.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento la afiliación a la AFP, improcedencia de declaratoria de nulidad de traslado al RAIS por demostrarse la asesoría brindada por la AFP Protección S.A., reasesoria del 10 de junio del 2010 por parte del fondo de pensiones, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, prescripción y genérica (fols. 148 a 156)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 27 de julio de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, condenó a AFP Protección S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración. No gravó en costas a ninguna de las partes.

Para arribar a tal decisiva dijo que la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia son determinantes al señalar que las entidades encargadas del direccionamiento y funcionamiento del sistema pensional deben garantizar a los afiliados una información libre, voluntaria, suficiente y transparente que les permita elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado, lo que implica una comparación entre las características, ventajas y desventajas en forma objetiva, así como de las consecuencias jurídicas que tiene el traslado.

Sostuvo que la afirmación que hace en este caso la actora en el sentido de indicar que no recibió una información clara y completa corresponde a un supuesto negativo que solo puede ser desvirtuado por el fondo de pensiones accionado. Así las cosas, como incumplió con el deber de acreditar que entregó información con tales características, debía declarar la ineficacia del traslado.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

**5.1. Colpensiones.** Como argumentos de su alzada señaló que el traslado al RAIS es válido por hacerse entre dos partes legalmente capaces, sin que la AFP haya tenido obligación con la actora de brindarle información, en tanto que gozó de su derecho a la libre escogencia y perduró más de 17 años vinculada al citado régimen, tiempo durante

el cual se benefició de las prestaciones de la AFP. Refirió que existió negligencia de la demandante al no corroborar la información brindada por el asesor, por lo que estando la demandante sumergida en la prohibición legal del que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es improcedente el traslado al régimen de prima media con prestación definida, máxime que de llevarse a cabo se estaría vulnerando la sostenibilidad del sistema. Por último, pidió que no sea condenada en costas.

**5.2. Protección S.A.** Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo los gastos de administración no forman parte del capital que va a crear la pensión, ya que su fin es cubrir los recursos de la afiliada y pagar las pólizas de seguros provisionales de ahí que no es procedente su devolución, más aún cuando se debe tener en cuenta las restituciones mutuas y el enriquecimiento sin justa causa que podría causar a Colpensiones.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. AFP Protección S.A.** Alegó en su favor aduciendo que resulta improcedente la devolución de gastos de administración, toda vez que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual.

**6.2. Colpensiones.** Refirió en su escrito de alegaciones que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Protección S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La tesis de los "actos de relacionamiento" está llamada a prosperar?; (v) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (viii) ¿debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal

b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que la señora María Helena Farfán Ramírez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de septiembre de 1988 con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 2008 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (expediente administrativo); quien se trasladó a AFP Protección S.A. el 17 de abril de 2008, mediante la suscripción de formulación de afiliación núm. 8235840, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (fols. 157 a 166).

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2008-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, 17 de abril de 2008, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son

*un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*”.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración,**

**comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de esos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los

predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*; por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

**9. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**10. Costas.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Protección S.A. y Colpensiones, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, por así disponerlo el artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, 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,

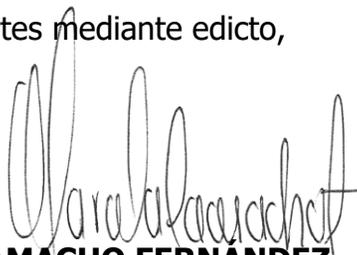
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia proferida el 27 de julio de 2021, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

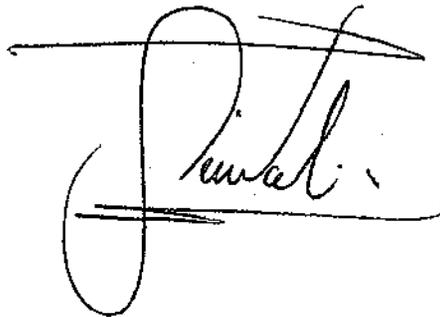
**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**

Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** NYDIA YANNETH PARRADO FORERO  
**Demandados:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 38-2021-00339-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Nydia Yanneth Parrado Forero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS y, en consecuencia, se condene al fondo de pensiones privado retornar los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos. Así mismo, pidió que se ordene a Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que venía cotizando a CAJANAL hasta el 31 de enero de 2001, en tanto que para diciembre del año 2000 se afilió a la AFP Porvenir S.A., sin haberle suministrado información integral, necesaria y completa respecto a las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues sus asesores solo se limitaron a aducir que el ISS se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento. Indicó que intentó trasladarse a Colpensiones el 20 de abril de 2021, pero le fue negado el traslado en esa misma fecha. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria20210716)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 03EnvioNotificaciones20211130); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2002, al igual que resulta improcedente conceder el traslado a quien no manifestó ninguna inconformidad dentro de los 20 años que estuvo afiliada al RAIS y sólo lo hizo faltando 10 años para acceder a la pensión de vejez. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en sentencia SL373 de 2021, el error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y genérica. (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemanda20211209)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es producto de una decisión libre e informada, además, que cumplió con el deber de asesorar sobre las implicaciones de su decisión y el funcionamiento del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 06ContestacionDemanda20211209)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de septiembre de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Colpensiones y AFP Porvenir S.A. adelantar las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD las cotizaciones integrales efectuadas en favor de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada a este régimen, debidamente indexadas. Por último, solo condenó en costas al fondo de pensiones privado

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con lo expuesto en la sentencia SL 2929 del 2022, la AFP debe demostrar cual fue la información suministrada a la afiliada, motivo por el cual de no probarlo opera la ineficacia del traslado de manera automática. En el caso en concreto, no evidenció del interrogatorio de parte surtido a la demandante cuál fue el tipo de información que el asesor de la AFP Porvenir S.A. le brindó, relatando hechos confusos al respecto e impidiendo acreditar el cumplimiento del deber de información, de allí que debía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico,

link <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/06173a96-21f6-440f-93c4-9c3bd817ae9a?vcpubtoken=2809835c-62eb-4254-9a27-971dc913219a>)

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con lo anterior, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para devolverse al régimen de prima media con prestación definida. Refirió que el traslado al RAIS se realizó en virtud de la libertad de escogencia contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, siendo equivocado exigirle a la AFP Porvenir S.A. que acredite para esa fecha la asesoría, en tanto que esta solo se hizo exigible hasta el año 2016.

Afirmo que la actora debió demostrar la pérdida del tránsito legislativo o frustración de una expectativa legítima respecto de su decisión de traslado, así como también vicio del consentimiento que se esboza presente al momento del traslado. En tal sentido, consideró que sobre aquella descansa la carga de la prueba, pues debe acreditar la mala fe de la AFP en términos de la Constitución Política, máxime que durante el tiempo en que estuvo vinculada a esta, no manifestó inconformidad con su afiliación y, por el contrario, lo afianzó con el paso del tiempo, sin haber verificado la información suministrada de acuerdo con su obligación como consumidora financiera.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que el traslado que realizó a la AFP Porvenir S.A. fue precedido por falta de entrega de información oportuna, clara y necesaria y, mediante una asesoría casi inexistente, sin que en ningún momento haya recibido conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior y una mejor mesada pensional.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó

ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.3. Colpensiones.** Señaló que la demandante, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Arguyó que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su historia laboral hasta esa fecha.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vi) ¿Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez, junto con el retroactivo causado?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de

septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** No fue discutido en la alzada por las partes que Nydia Yanneth Parrado Forero cotizó a Cajanal desde el 19 de agosto de 1992 hasta 30 de enero de 2001, quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 4 de diciembre de 2000, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 01482682, con efectos a partir del 1 de febrero de 2001, entidad donde actualmente se encuentra afiliada, según su historia laboral de cotizaciones.

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 4 de diciembre de 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial

afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos**

**financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no se condenó a la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que los mismos al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

**9. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**10. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, 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,

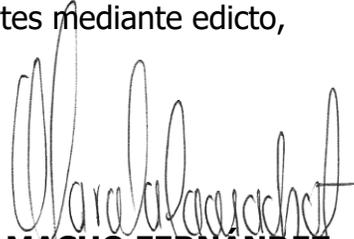
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones, comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

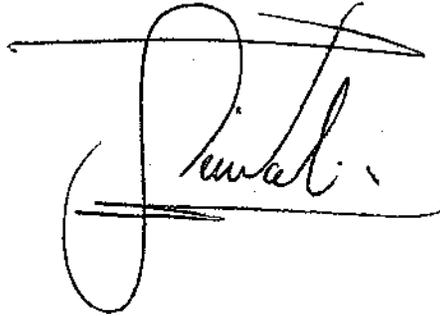
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

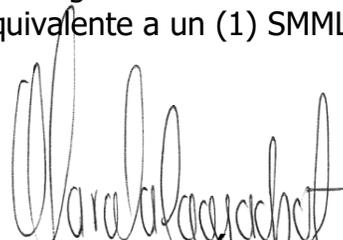


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** NYDIA YANNETH PARRADO FORERO  
**Demandados:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 38-2021-00339-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Nydia Yanneth Parrado Forero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS y, en consecuencia, se condene al fondo de pensiones privado retornar los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos. Así mismo, pidió que se ordene a Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que venía cotizando a CAJANAL hasta el 31 de enero de 2001, en tanto que para diciembre del año 2000 se afilió a la AFP Porvenir S.A., sin haberle suministrado información integral, necesaria y completa respecto a las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues sus asesores solo se limitaron a aducir que el ISS se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento. Indicó que intentó trasladarse a Colpensiones el 20 de abril de 2021, pero le fue negado el traslado en esa misma fecha. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria20210716)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 03EnvioNotificaciones20211130); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2002, al igual que resulta improcedente conceder el traslado a quien no manifestó ninguna inconformidad dentro de los 20 años que estuvo afiliada al RAIS y sólo lo hizo faltando 10 años para acceder a la pensión de vejez. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en sentencia SL373 de 2021, el error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y genérica. (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemanda20211209)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es producto de una decisión libre e informada, además, que cumplió con el deber de asesorar sobre las implicaciones de su decisión y el funcionamiento del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 06ContestacionDemanda20211209)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de septiembre de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Colpensiones y AFP Porvenir S.A. adelantar las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD las cotizaciones integrales efectuadas en favor de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada a este régimen, debidamente indexadas. Por último, solo condenó en costas al fondo de pensiones privado

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con lo expuesto en la sentencia SL 2929 del 2022, la AFP debe demostrar cual fue la información suministrada a la afiliada, motivo por el cual de no probarlo opera la ineficacia del traslado de manera automática. En el caso en concreto, no evidenció del interrogatorio de parte surtido a la demandante cuál fue el tipo de información que el asesor de la AFP Porvenir S.A. le brindó, relatando hechos confusos al respecto e impidiendo acreditar el cumplimiento del deber de información, de allí que debía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico,

link <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/06173a96-21f6-440f-93c4-9c3bd817ae9a?vcpubtoken=2809835c-62eb-4254-9a27-971dc913219a>)

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con lo anterior, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para devolverse al régimen de prima media con prestación definida. Refirió que el traslado al RAIS se realizó en virtud de la libertad de escogencia contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, siendo equivocado exigirle a la AFP Porvenir S.A. que acredite para esa fecha la asesoría, en tanto que esta solo se hizo exigible hasta el año 2016.

Afirmo que la actora debió demostrar la pérdida del tránsito legislativo o frustración de una expectativa legítima respecto de su decisión de traslado, así como también vicio del consentimiento que se esboza presente al momento del traslado. En tal sentido, consideró que sobre aquella descansa la carga de la prueba, pues debe acreditar la mala fe de la AFP en términos de la Constitución Política, máxime que durante el tiempo en que estuvo vinculada a esta, no manifestó inconformidad con su afiliación y, por el contrario, lo afianzó con el paso del tiempo, sin haber verificado la información suministrada de acuerdo con su obligación como consumidora financiera.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que el traslado que realizó a la AFP Porvenir S.A. fue precedido por falta de entrega de información oportuna, clara y necesaria y, mediante una asesoría casi inexistente, sin que en ningún momento haya recibido conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior y una mejor mesada pensional.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó

ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.3. Colpensiones.** Señaló que la demandante, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Arguyó que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su historia laboral hasta esa fecha.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vi) ¿Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez, junto con el retroactivo causado?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de

septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** No fue discutido en la alzada por las partes que Nydia Yanneth Parrado Forero cotizó a Cajanal desde el 19 de agosto de 1992 hasta 30 de enero de 2001, quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 4 de diciembre de 2000, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 01482682, con efectos a partir del 1 de febrero de 2001, entidad donde actualmente se encuentra afiliada, según su historia laboral de cotizaciones.

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 4 de diciembre de 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial

afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos**

**financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no se condenó a la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que los mismos al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

**9. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**10. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, 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,

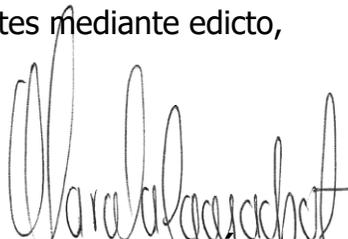
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones, comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

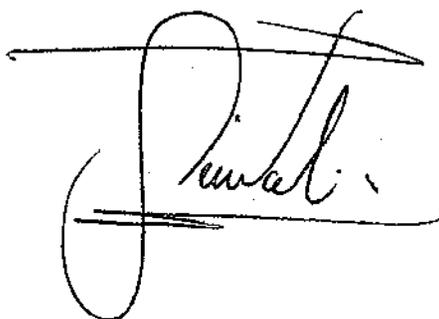
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

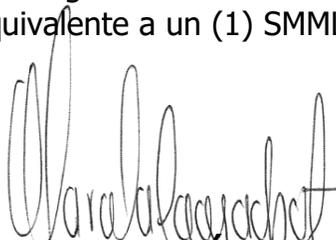


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LUZ BIBI SÁNCHEZ ZAPATA  
**Demandados:** COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 39-2020-00403-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA Y REVOCA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### **AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIA ACOSTA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### **SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Luz Bibi Sánchez Zapata instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS efectuada y, en consecuencia, se ordene el retorno automático al RPMPD, de manera que Colpensiones debe reactivar la afiliación; que se ordene a los fondos accionados devuelvan todos los valores que hubiera recibido, tales como cotizaciones, sin que se deduzcan costos administrativos o de fondo de solidaridad, así mismo, solicitó que Colpensiones reciba los valores anteriores y actualice la historia laboral de la demandante, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que cotizó al ISS, hoy Colpensiones previa a la realización del traslado al RAIS; que en el curso del traslado al RAIS no recibió información clara y concisa sobre las condiciones de los regímenes pensionales, así como tampoco de la información del monto de capital que debía ahorrar. Refirió que recibió información errónea por parte de las AFP para realizar el traslado. Finalmente indicó que elevó solicitud de retorno al Régimen de Prima Media, pero esta fue negada. (Expediente electrónico, Archivo 01 Demanda Reparto, págs. 1 a 19)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso. (Expediente electrónico, PDF 09 Notificación Agencia Nacional, págs.. 1 y 2)

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que no obra prueba alguna de que la actora se le hubiese hecho incurrido en error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento error, fuerza o dolo; que dentro del expediente no existe nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la

actora o que la AFP haya omitido su deber del buen consejo, por el contrario, de las documentales se desprende que el traslado se hizo conforme a derecho, y de manera libre y voluntaria; así como también indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C.; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al RPM; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago en costas de instituciones administradoras de seguridad social y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, Archivo 10, Págs. 1 a 39)

**3.2. AFP Protección S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es libre, voluntario y exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario de vinculación fue suscrito de manera libre y espontánea, y en ningún momento fue engañada, así como también debe tenerse en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia y/o nulidad de la afiliación por falta de causa; inexistencia de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o la ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

(Expediente electrónico, Archivo 12, págs. 1 a 21)

**3.3 AFP Porvenir S.A.** Contesta la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones argumentando que el traslado realizado es válido, pues se le brindó a la demandante una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, al igual que no aporta prueba que permita indicar la existencia de un vicio del consentimiento en la afiliación; de igual forma sostiene que es inviable el retorno al RPM, ya que se le brindó a la demandante la oportunidad de ejercer su derecho de retracto, y no lo ejerció. Como excepciones de mérito propone las de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 02 Contestación, págs. 1 a 32)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 31 de agosto de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 1 de noviembre de 2000, ordenado a AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los dineros que recibió por gastos de representación, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados; condenó a AFP Protección S.A. a que transfiera las sumas de dinero de la cuenta de ahorro de la demandante; ordenó a Colpensiones recibir los dineros que trasladen las AFP y a reactivar la afiliación de la demandante; finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A.

La decisión tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que el cumplimiento del deber de información se entiende cumplido cuando de manera clara, comprensible, objetiva y comparada se dan a conocer al posible afiliado los beneficios, las condiciones y las diferencias entre ambos regímenes pensionales, advirtiendo de los riesgos y consecuencias que se darían con el traslado; es por lo anterior que se afirma que el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el cumplimiento del referido deber. Respecto de la carga de la prueba, las múltiples sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

sostienen que ésta se encuentra cargo de las AFP demandadas, toda vez que son estas las conocedoras del funcionamiento de los regímenes y expertas en la materia de contratación. Así pues, sobre el caso en concreto, se concluye que Porvenir S.A. no cumplió a cabalidad el deber de información al no allegar prueba que permitiera ilustrar la información suministrada al momento del traslado ni en el formulario de afiliación, ni en el interrogatorio de parte, quedando entonces sujeta a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Mientras Protección S.A. realizó una intervención posterior al traslado con Porvenir, fecha en la que la afiliada ya se encontraba inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, siendo irrelevante el hecho de que esta cumpliera con el deber de información o no.

Respecto de las consecuencias, la falladora de primera instancia encontró que Porvenir S.A. quedará sujeta a la devolución de los rendimientos percibidos con la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como retornar los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de prima mínima. No obstante, sustenta que Protección S.A. queda absuelta de la devolución de estas sumas por cuanto la ineficacia se da al momento del traslado con Porvenir S.A. quedando la primera obligada a retornar únicamente las sumas de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos.

Sobre la excepción de prescripción, encontró que esta no opera por tratarse de un derecho íntimamente ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible. Finalmente, solo condenó en costas a PORVENIR S.A

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Interpuso el recurso de alzada las siguientes partes procesales:

**5.1. Demandante.** Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la condena en costas únicamente a Porvenir S.A. y se hagan extensivas a Protección S.A. y a Colpensiones, toda vez que estas en el debido momento procesal se opusieron a las pretensiones.

**5.2. Colpensiones.** En su alzada refirió que la demandante no cuenta con los requisitos que la hacen beneficiaria del régimen de transición y por lo tanto no puede retornar en cualquier momento al RPMPD; que la demandante ya se encontraba en la prohibición legal para regresar al RPMPD cuando lo solicitó; que nunca hizo efectivo el derecho de retracto, el cual se garantizó de manera oportuna, y finalmente que no se configura ningún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo que repercuta en la ineficacia del negocio jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir S.A.

**5.3. AFP Porvenir S.A.** Refirió que no existen razones para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que el negocio jurídico fue celebrado de manera libre y espontánea por la demandante como se demuestra en el formulario de afiliación aprobado por la Superintendencia Bancaria; sobre la devolución de gastos de administración y rendimientos de manera indexada, considera que no es coherente con la declaratoria de ineficacia pues se está condenando a la devolución de conceptos que nunca se hubieran generado en el RPMPD; sobre los rendimientos, sostiene que ordenar su devolución pondría a la demandante en una posición diferente a la que se encontraría al pertenecer al RPMPD dado que recibiría frutos que sólo se perciben en el RAIS, además, refiere que debe considerarse que la AFP Porvenir actuó como un agente oficioso involuntario respecto de Colpensiones al creer que administraba su propia actividad, y en consecuencia, sólo deberá restituir los rendimientos que se hubieran generado de haber sido administradas por Colpensiones; que en caso de ordenarse la restitución de la totalidad de los rendimientos, solicita que se descuenten las restituciones mutuas a que

haya a lugar; sobre los gastos de administración, afirma que es improcedente su devolución toda vez que estos se dan como retribución a las AFP por los servicios prestados a los afiliados, de modo que desconocerlos daría como resultado un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones; en lo que tiene que ver con seguros previsionales, estos fueron invertidos en su debido momento para que la afiliada contara con la cobertura exigida por parte de las aseguradoras y finalmente, sostiene que de acuerdo a la sentencia 2021-00111 del Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Laboral, se estaría incurriendo en una doble condena al ordenar la devolución de los rendimientos financieros debidamente indexados, puesto que se entiende que dentro de ellos se incluyen los frutos e intereses de los dineros recibidos por la AFP.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que en el evento de declarar la ineficacia del traslado se ordene la devolución de todos los conceptos a cargo de la AFP del RAIS, debidamente indexado.

**6.2 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** Los recursos de apelación interpuesto por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Los llamados actos de relacionamiento o actos posteriores a la afiliación convalidan la afiliación al RAIS; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que Luz Bibi Sánchez Zapata se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 29 de enero de 1981 hasta septiembre de 2000, según historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente Digital Archivo 10 Contestación Colpensiones, PDF 05 Historia Laboral págs. 1 a 6); con posterioridad se afilió a AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. mediante la suscripción de solicitud de vinculación el 06 de septiembre de 2000, según formulario de afiliación No. 5571922 y se hizo efectiva el 01 de noviembre de 2000 según consulta del SIAFP (Expediente Digital PDF 02 Contestación págs. 32 a 46); posteriormente se trasladó a Protección S.A. el 31 de julio de 2008, con efectividad a partir del 01 de septiembre de 2008, fondo de pensiones donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Expediente Digital Archivo 12, PFD 02 Contestación Demanda págs. 23 a 55).

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar

la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A., esto es, 01 de noviembre de 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del

interrogatorio de parte que surtió la demandante, en tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Actos de relacionamiento.** Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la

sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

**8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**9. Traslado entre varias administradoras del RAIS.** En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: *"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"*.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 2000.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de noviembre de 2000, queda sin efectos el consecutivo traslado efectuado al interior del RAIS, el que se itera, no convalida el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

**10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración,**

**comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas, debidamente indexado, incluido el tiempo de permanencia de la actora en la AFP PORVENIR S.A., (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Ahora, como en la sentencia de primer grado si bien se hizo extensiva la condena a la AFP PROTECCIÓN S.A., no congloba de manera expresa la devolución de los conceptos de gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por lo que frente a esta entidad habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*; por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser*

*judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

**11. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**12. Costas en primera instancia contra AFP Protección S.A. y Colpensiones** Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de las AFP codemandadas y Colpensiones, aspecto que desatendió la *a quo* al condenar en costas únicamente a PORVENIR S.A., siendo procedente la alzada en este aspecto y más aún cuando estas se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, como se puede apreciar de sus contestaciones.

**13. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, 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**

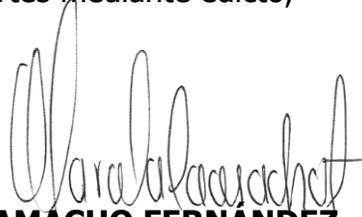
**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral 2º de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PROTECCIÓN S.A. (durante la vigencia de la afiliación), traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, ordenando que dichos conceptos, se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: REVOCAR** parcialmente el ordinal 7º de la sentencia confutada y, en su lugar, **CONDENAR** en costas a **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** Tásense.

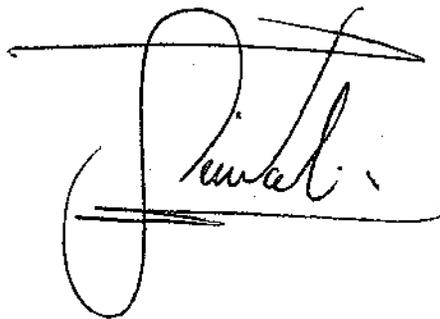
**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primer grado.

**CUARTO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

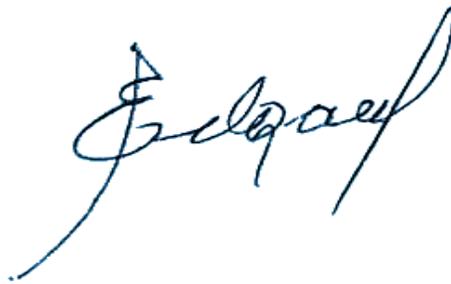
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

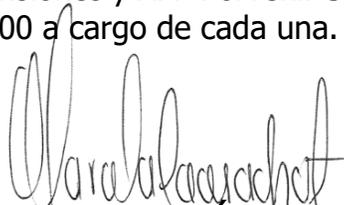


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la actora y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ÁNGELA PINILLA VÁSQUEZ  
**Demandados:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 02-2021- 00054-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Ángela Pinilla Vásquez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS y, en consecuencia, se ordene su retorno automático al RPMPD, debiendo Colpensiones reactivar la afiliación; y al fondo accionado devuelva todos los valores que hubiera recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, así como todos los rendimientos causados hasta la fecha. Así mismo, solicitó que Colpensiones reconozca el derecho a la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, Decreto 758 de 1990 o Ley 100 de 1993, lo que resulte más favorable, y desde la fecha en que se acreditaron los requisitos mínimos para acceder a ella, junto con el pago de mesadas ordinarias y adicionales causadas, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que en síntesis que ha laborado y realizado cotizaciones al ISS y hasta el año de 1995, dado a que un asesor comercial de la AFP Porvenir S.A. la persuadió a trasladarse, valiéndose de mentiras y engaños, omitiendo informar y explicar de manera clara y puntual la naturaleza del régimen privado en pensiones, las implicaciones de su traslado y el capital mínimo requerido para causar la pensión de vejez. Refirió que desconoce los detalles y particularidades del régimen pensional, en este sentido, sostiene que intentó regresar a Colpensiones, pero esta se negó a aceptar dicha solicitud. (Expediente electrónico, PDF 01 Escrito de Demanda págs. 1 a 24.)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso. (Expediente electrónico, PDF 08 Constancia de Notificación ANDJE págs. 1 a 2)

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que no obra prueba alguna de que la actora se le hubiese hecho incurrido en error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, tampoco que dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por de la actora, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que

se hizo de manera libre y voluntaria. Afirmó que aquella se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó 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 e instituciones administradoras de seguridad social del orden público; inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 07 Contestación Demanda Colpensiones, págs. 1 a 206)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es producto de una decisión libre e informada, además, que cumplió con el deber de asesorar sobre las implicaciones de su decisión y el funcionamiento del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 06 Contestación Porvenir S.A. Págs. 1 a 36)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 5 de septiembre de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora el 22 de septiembre de 1995, ordenado a AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, rendimientos causados, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora sin descuento alguno; a su vez a Colpensiones la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora; absolver a Colpensiones de las otras pretensiones en su contra y gravando en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que la AFP desde su fundación debió brindar información objetiva, comparada y transparente a los afiliados sobre las consecuencias de cada uno de los regímenes. Refirió que en estos casos existen tres etapas sobre la evolución del deber de información, configurándose el presente caso la primera. Aclaró que de acuerdo con la jurisprudencia se entiende como insuficiente aportar el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del deber de información siendo que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP demandada. Afirmó que no se acredita tal deber con la convalidación de los actos de la demandante determinada por su permanencia en el régimen. Con fundamento en lo anterior encontró procedente devolver los aportes junto con los gastos de administración a Colpensiones, concluyendo que la acción intentada para declarar la ineficacia es imprescriptible al encontrarse estrechamente relacionado con el derecho de pensión. Dijo que tal suerte no corre el pedimento relacionado con la pensión de vejez, en vista de que será Colpensiones quien eventualmente asuma el pago de la prestación, por lo que se podrá solicitar el reconocimiento y pago de la pensión ante esta entidad una vez efectúe la devolución de los aportes y sea actualizada la historia laboral.

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. Demandante.** Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando que la afiliada actualmente cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pues ella actualmente cuenta con 62 años y más de 1.300 semanas cotizadas, debiendo por tanto ser reconocida.

**5.2. Colpensiones.** En su alzada manifestó que de la práctica del interrogatorio de parte no se puede concluir una asesoría insuficiente llevada a cabo por la AFP, por cuanto la demandante afirmó que no se acordaba de la información que le fue suministrada en el curso de la asesoría. Dijo que diferente sería si esta hubiese puesto de presente que efectivamente no recibió la información necesaria al momento del traslado. Por lo anterior, considera que el juez de primer grado falló sobre circunstancias que no le constaban a la demandante y esta situación presta mérito para que sea inaplicable la jurisprudencia aplicada en la parte considerativa de la providencia de primera instancia

Por otro lado, la apoderada de Colpensiones considera que se generaría una afectación a la sostenibilidad del sistema financiero en vista de que la devolución sin descuento de los aportes realizados por parte de la AFP Porvenir no significa necesariamente que no se genere una afectación a este principio, en tanto que el Régimen de Prima Media deberá ajustarse a la situación de la actora, provocando un detrimento para el fondo común, en consecuencia, perjudicando a las personas con miras a lograr la pensión a través de este régimen. De igual forma indica que la devolución sin descuentos se ordenó sin que se tome en cuenta que se efectúe debidamente indexada.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor solicitando que se modifique la sentencia de primera instancia y se reconozca su derecho a pensión dado que se trata de un derecho mínimo fundamental e irrenunciable de la afiliada al sistema de seguridad social.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Refirió que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

**6.3. Colpensiones.** Refirió en su escrito de alegaciones que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** Los recursos de apelación interpuesto por la actora y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual

se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vi) ¿Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez, junto con el retroactivo causado?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que Ángela Pinilla Vásquez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones el 10 de marzo de 1982, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1987. Debe acotar la Sala que, si bien se dijo en la demanda que la actora realizó cotizaciones a dicha entidad hasta diciembre de 1993, por cuenta de los empleadores Municipio de Arauquita, Cafesalud EPS y Coomeva EPS, lo cierto es que en el plenario aquello no encuentra demostración, pues no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar que ello ocurrió, y en esa medida, solo se tiene lo registrado en la historia laboral que emitió Colpensiones, esto es que efectuó cotizaciones hasta la citada calenda. Ahora, se evidencia de las pruebas documentales aportadas por la AFP Porvenir S.A., que la demandante se afilió a esta el 22 de septiembre de 1995, con la suscripción del formulario de afiliación núm. 614418, fondo de pensiones donde se encuentra actualmente vinculada, según su historia laboral de cotizaciones.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 30 de noviembre de 1987, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1º de abril de 1994, no obstante, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliado al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A. que tuvo ocurrencia el 22 de septiembre de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La Sala no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *“los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están”*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1 de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 10 de marzo de 1982, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*“La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas”*(Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

*“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.* (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 10 de marzo de 1982 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 22 de septiembre de 1995 a la AFP Porvenir S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*“Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha*

*reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

*(...)*

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 22 de septiembre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, en tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones,

declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos emolumentos, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, le asiste razón a Colpensiones cuando señala que tales emolumentos deben ser devueltos, además, en forma indexada, de allí que deba **ADICIONARSE** la sentencia en tal sentido.

**9. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**10. Régimen de transición.** El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

En el presente asunto, colige la Sala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba con 35 años por haber nacido el 11 de marzo de 1958, tal como se constata con la cédula de ciudadanía de ella (Expediente electrónico, PDF 02. Memorial Allegan Pruebas 20210215, pág. 33). Por ende, es viable estudiar la prestación económica conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, como pasa a explicarse.

**11. Pensión de vejez - Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990.** Para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable a la actora es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor

discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajadora del sector particular y venía cotizando al ISS antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La primera de las citadas disposiciones exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar 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 mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005, deben cumplirse antes del **31 de julio de 2010** y en caso de que la afiliada no cumpla con los requisitos de pensión antes de dicha calenda, se le otorga la posibilidad de hacerlo y extenderle el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuando tuvieren cotizadas 750 semanas a 29 de julio de 2005.

Así entonces, la actora arribó a los 55 años el 11 de marzo de 2013, cuando ya se encontraba en vigencia el Acto Legislativo 001 de 2005 y, además, se había superado el término previsto para consolidar el derecho, por lo que se analizará si a 29 de julio de 2005 había cotizado 750 semanas para conservar el régimen de transición en que se encontraba. De cara a la historia laboral expedida por AFP Porvenir S.A., es claro que el régimen de transición no se mantuvo a su favor a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005. Lo anterior, en atención a que no cumple con las exigencias de las 750 semanas requeridas para conservar el régimen hasta el año de 2014, ya que acredita a 29 de julio de 2005, 4.043 días equivalentes a 577.57 semanas cotizadas.

Así las cosas, no es viable acceder al reconocimiento pensional bajo los presupuestos del Decreto 758 de 1990 y si bien en el libelo introductor se indicó que laboró para el municipio de Arauquita entre marzo de 1987 a abril de 1988, a Cafesalud EPS S.A. de enero a diciembre de 1992, a Coomeva entre enero a diciembre de 1993 y al INPEC desde febrero de 1999 a abril de 2000, ninguna probanza allegó tendiente a acreditar que en efecto ocurrió, siendo del caso precisar que la afirmación que en tal sentido se hizo, no resulta suficiente para probar tales circunstancias, como lo pretende valer el apoderado judicial de la parte accionante, pues conviene no olvidar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella.

**12. Pensión de jubilación–Ley 71 de 1988.** La misma suerte correrá la solicitud de reconocimiento pensional a la luz del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, toda vez que la actora no acreditó haber realizado en cualquier tiempo aportes "*en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital*", tampoco 55 años antes del 31 de julio de 2010, ni las 750 semanas requeridas para conservar el régimen hasta el año de 2014, pues solo demuestra a 29 de julio de 2005, 4.043 días equivalentes a 577.57 semanas cotizadas, de allí que no sea viable acceder al pedimento.

**13. Pensión de vejez - Ley 797 del 2003.** Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

**13.1. Edad.** La demandante cumplió el requisito de edad de 57 años el 11 de marzo de 2015, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1958, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

**13.2. Semanas.** Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A., se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.397 semanas al 30 de junio de 2021. Por tanto, es claro que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, por lo que así se declarará.

**14. Disfrute de la pensión y liquidación.** Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990. En consecuencia, la Sala **CONDENARÁ a COLPENSIONES** a reconocer a la demandante la pensión de vejez, a partir de la fecha en la cual acreditó un total de 1.300 semanas cotizadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, pero con la aclaración que el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de desafiliación del sistema, pues no se encuentra demostración en el proceso el retiro del sistema para acceder desde aquella data a la prestación económica reclamada.

Además, para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año. Aclarando que, para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá tener en cuenta que la actora causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

**15. Costas en primera instancia contra AFP Protección S.A.** Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de AFP Protección S.A., tal y como lo señaló la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aún cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

**16. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, 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: ADICIONAR** el numeral 2º de la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la *A quo* se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

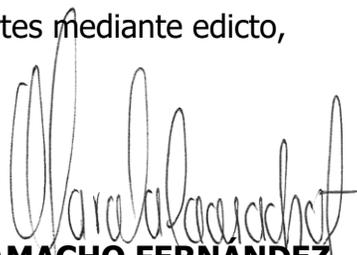
**SEGUNDO: REVOCAR** parcialmente el ordinal 5° de la sentencia confutada y, en su lugar, **DECLARAR** que la señora **ÁNGELA PINILLA VÁSQUEZ**, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, conforme la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** En consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer a la demandante la pensión de vejez conforme a los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, en 13 mesadas pensionales, a partir del 10 de agosto de 2019; sin embargo, el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha en que se acredite la desafiliación del sistema, teniendo en cuenta para su liquidación hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda según el art. 34 de la Ley 100 de 1993 y con un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, la que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año.

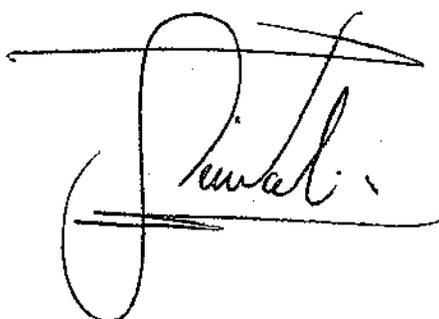
**CUARTO: MANTENER** incólume en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**QUINTO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

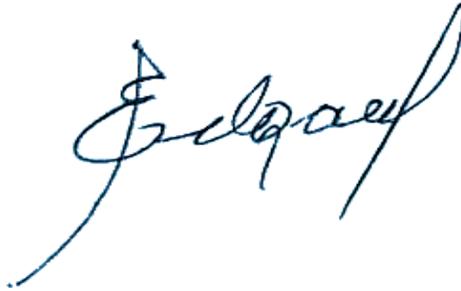
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LIGIA CONSUELO SÁNCHEZ LEAL  
**Demandados:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 31-2021-00433-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - MODIFICA  
Y ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Ligia Consuelo Sánchez Leal instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado del RPM hacia la RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo de pensiones trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 13 de octubre de 1957 y que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, desde el 26 de septiembre de 1979 y hasta el 1º de abril de 2001, data en la que se trasladó a AFP Porvenir S.A., sin que le suministrará ningún tipo de asesoría, tampoco información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, ni los eventuales riesgos que podía tener tal decisión. (Expediente electrónico, PDF 001. Escrito de Demanda)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 010. NOTIFICACIÓN A.N.D.J.E); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones:** En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que la afiliación a AFP Porvenir S.A. sea nula, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, por lo que no procede la declaratoria de nulidad y, por tanto, tampoco el regreso automático al RPM. En su defensa propuso las excepciones 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, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, 006. Contestación)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** En auto adiado 17 de febrero de 2022, se tuvo por no contestada la demanda. (Expediente electrónico, 011. 11001310503120210043300 auto tiene por contestada y fija fecha)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 6 de septiembre de 2022, en la que la falladora declaró la nulidad de la afiliación y traslado realizado al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. trasladar la totalidad de valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y frutos civiles, sin que se pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros. Ordenó a Colpensiones a recibir a la actora, como si nunca se hubiere traslado de régimen. Por último, gravó en costas al fondo privado.

El A quo fundamentó su decisión en el artículo 48 de la Constitución Política, sentencia C-986 de año 2009 y en el criterio de la Sala de Casación Laboral en providencia SL-1452 de 2019 y SL-4015 de 2021 y conforme a lo cual precisó que el artículo 13 la Ley 100 de 1993 consagra las características del sistema general de pensiones, señalando que la selección de uno de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado. Indicó que el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 del 94 señala la necesidad de diligenciar el formulario de afiliación que para el efecto señale la Superintendencia Bancaria, además, el artículo 12 del Decreto 720 1994 impone a los promotores la obligación de suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho.

De esta forma indicó que no podía concluir válidamente que la actora conociera de las implicaciones que tendría el traslado y la pérdida del régimen de transición, además, porque no confiesa que haya recibido una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión, de allí que consideró que la AFP no logró demostrar haber brindado información, por lo que debía declarar la ineficacia del acto de afiliación.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con lo anterior, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que la demandante no tiene derecho a retornar al régimen de prima media, ya que se encuentra en una prohibición legal en los términos de la Ley 797 de 2003, además, en tanto que no se probó vicio de consentimiento alguno que permita declarar inválida su afiliación al RAIS. Refirió que no evidencia ausencia del deber de información para el año 2001, en tanto que la actora tenía conocimiento de lo que implicaba tomar la decisión.

**6. Alegatos de conclusión.** La demandada **Colpensiones** alegó en su favor aduciendo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de

inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vi) ¿Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez, junto con el retroactivo causado?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021, por ende habrá de modificarse la decisión para en su lugar declarar la ineficacia del traslado.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Pese a que en la demanda se dijo que la actora se encontraba afiliada al otrora ISS, hoy Colpensiones desde mayo de 1979, encuentra demostración en el plenario en armonía a los medios de convicción arrojados al plenario, que aquella entre 19 de julio de 1990 a 30 de junio de 2001 cotizó a CAJANAL, quien con posterioridad el 28 de febrero de 2001 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben

garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 28 de febrero de 2001, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes

modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto propuesto por Colpensiones.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega

brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Respecto del asunto que gira en torno a que antes del traslado al RAIS venía cotizando a CAJANAL, debe señalarse que en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C. y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018, SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, se señala que los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la Ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de esta mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asuman dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que la accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los *«causados hasta su cesación de actividades como administradoras, así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras»*, casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 52 años de edad, por haber nacido el 13 de octubre de 1957, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirada o desafiliada del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por aquella a

ésta a fin de que reposen en su historia laboral, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

**9. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al

ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**10. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, 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 el 6 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

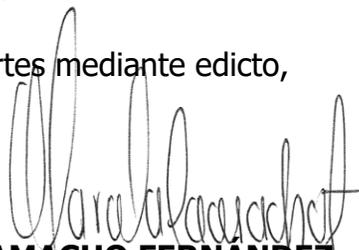
**"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA** del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por la señora LIGIA CONSUELO SÁNCHEZ LEAL a través de AFP PORVENIR S.A."

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

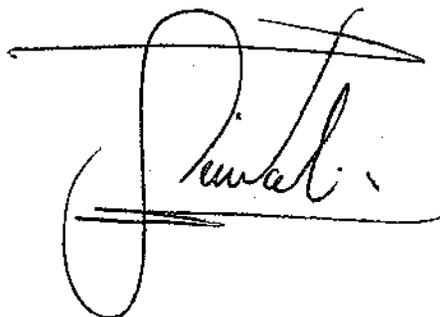
**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**CUARTO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

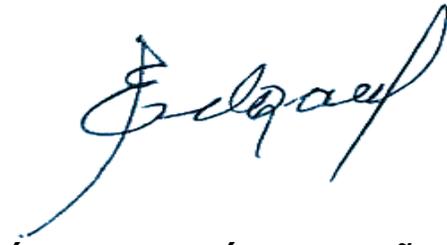
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

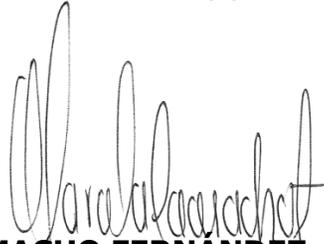


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LUZ DARY CASTAÑO CASTRILLÓN  
**Demandados:** COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**Radicación:** 16-2020-00025-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Luz Dary Castaño Castrillón instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la nulidad y en subsidio la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada el 21 de enero de 1999, en tanto que el fondo de pensiones omitió su deber de información. En consecuencia, se ordene el traslado al régimen de prima media con prestación definida, así mismo, que la AFP accionada devuelva los saldos consignados en su cuenta de ahorro individual; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 10 de junio de 1986 hasta que el 21 de enero de 1999, se vinculó a AFP Davivir hoy AFP Protección S.A., en tanto que le informaron que el ISS se liquidaría, por ende, perderían todos los aportes. Indicó que la citada AFP no le brindó ningún tipo de asesoría, omitiendo con su deber de información, entre eso, comunicarle los riesgos de trasladarse de régimen. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigital, págs. 95 a 119)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigital, pág. 127); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por lo que no se puede tener como afiliada a la entidad, ni recibir ningún aporte alguno de la misma. Formuló como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigital, págs. 168 a 174)

**3.2 AFP Protección S.A.** Al momento de descender el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en tanto que se realizó de forma libre y expresa, solemnizándose así su afiliación. Propuso como excepciones de fondo las que

denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional. (Expediente digital, PDF 003CDFolio131ContestaciónProtección)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 1 de junio de 2022, en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizado el 21 de enero de 1999, debido a la omisión en el deber de información. En consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, incluyendo los valores recibidos por capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere y en general toda suma que se hayan recibido en el RAIS. Ordenó a Colpensiones recibir los recursos y reactivar la afiliación de la actora, así mismo, gravó en costas a la pasiva.

Para arribar a tal decisiva indicó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, siempre ha existido el deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, precisando que no se puede predicar su saneamiento por el paso del tiempo respecto de las omisiones en que se ha incurrido cuando se efectúa el traslado de régimen y no se cumple con el deber de información. Indicó que en la primera etapa va enmarcada en la ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, porque a partir de la Ley 1748 de 2014 se exige la doble asesoría. Destacó que no existe medio probatorio tendiente a demostrar que a la demandante fue suficientemente informada al momento del traslado, por lo que debía declarar la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de todos los recursos que obran en la cuenta de ahorros con destino a Colpensiones.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con lo anterior, la **AFP Protección S.A.** interpuso recurso de apelación arguyendo que las deducciones por concepto de gastos de administración y del seguro previsional se hicieron por disposición legal, por tanto, es válida en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de allí que no deban ser reintegradas, además, porque administró todo el tiempo la cuenta de ahorro individual de manera oportuna, por lo que devolver esos dineros con cargo al patrimonio, genera un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin causa a favor del régimen de prima media.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que tenía el deber de brindar desde la creación del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, información necesaria a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Refirió que no se le brindó información relacionada con el monto exacto del capital que debía tener para acceder a la pensión de vejez; la efectividad del bono pensional; el monto de la mesada pensional tanto en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; las fluctuaciones del mercado de capitales y el número de semanas de cotización.

**6.2. Colpensiones.** En su escrito de alegaciones indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo

privado, suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la AFP Protección S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vi) ¿Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez, junto con el retroactivo causado?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que Luz Dary Castaño Castrillón se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones el 1º de junio de 1996, con cotizaciones hasta el 21 de enero de 1999, data en la que se afilió a Davivir Pensiones y Cesantías hoy AFP Protección S.A., con la suscripción del formulario de afiliación núm. 312332, fondo de pensiones donde se encuentra actualmente vinculada, según su historia laboral de cotizaciones expedida por la misma entidad.

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria

además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

Así, para la data en que la actora se trasladó a Davivir Pensiones y Cesantías hoy AFP Protección S.A., esto es, 21 de enero de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de esos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*"; por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

**9. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**10. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Protección S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, 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,

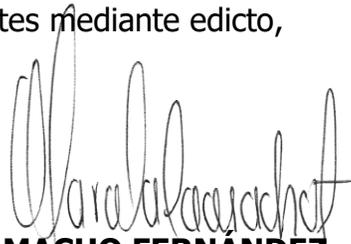
## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 1° de junio de 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

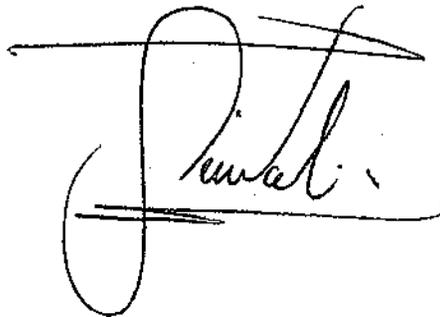
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de AFP Protección S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



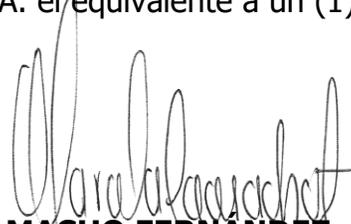
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

## **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de AFP Protección S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** YARINA EVANGELINA SARMIENTO VELÁSQUEZ  
**Demandados:** COLPENSIONES Y OTRAS  
**Radicación:** 26-2021-00497-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda** Yarina Evangelina Sarmiento Velásquez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene la devolución de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al ISS el 30 de abril de 1986, realizando cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1999, data en la que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., para luego vincularse a la AFP Protección S.A. el 1 noviembre de 2002. Indicó que el asesor le aseguró que en el RAIS obtendría mejores rendimientos y mayor cantidad de beneficios al momento de recibir la mesada pensional, además, señaló que con posterioridad realizó traslados horizontales, pero no fue una decisión informada, autónoma y consciente, dado que no le brindó información completa, integral, veraz y transparente sobre las consecuencias del traslado. (Expediente electrónico. PDF 01DemandaYAnexos.pdf, págs. 1 a 17)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 09NotificaciónAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de la demanda**

**3.1. AFP Protección S.A.** Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones alegando que la firma del formulario se hizo de manera libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, siendo un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena

fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y genérica (expediente electrónico PDF 10ContestaciónDemanda.pdf Pags 3 a 23)

**3.2. Colpensiones.** En su respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que no obra prueba alguna de que el actor se le hubiese hecho incurrido en error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, tampoco que dentro de la solicitud nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por del demandante, por el contrario, observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Afirmó que la aquella se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción legalidad de los actos administrativos. (Expediente electrónico. PDF 07ContestaciónDemanda)

**3.3. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, deber de información que brindó según lo estipulado en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, 08ContestaciónDemanda.pdf)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 10 de octubre de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora al RAIS y, en consecuencia, ordenó a AFP Protección S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, como los son los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Así mismo, ordenó a los fondos accionados la devolución de los mismos conceptos. Ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada a la actora y, por último, gravó en costas a las AFP.

Para arribar a tal decisiva indicó que en virtud de lo previsto en los artículos 13, literal B y 271 de la Ley 100 de 1993 y según el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre voluntaria, se debe poner en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez y los beneficios que obtendría, siendo deber de la entidad demostrar que garantizó una decisión informada que permita una manifestación de voluntad, autonomía y consciente.

Recordó que el Alto Tribunal señala que el simple consentimiento y la firma del formulario de afiliación, es insuficiente para demostrar la asesoría brindada al momento de la suscripción, tampoco da cuenta de que efectivamente recibió una asesoría clara y suficiente sobre las características y diferencias entre uno y otro régimen pensional. Así las cosas, indicó que las pruebas recaudadas evidenciaban que cuando la actora se trasladó al régimen de ahorro individual se plasmó su consentimiento en el formulario afiliación, pero no precedido de una debida información respecto a las características propias de ese régimen. Dedujo que la demandante no recibió información clara, suficiente y oportuna respecto a las características propias del régimen de ahorro individual; razón por la cual debía declarar ineficaz el acto de traslado efectuado por aquella.

## **5. Alegatos de conclusión**

**5.1. AFP Porvenir S.A.** Refirió que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del actor reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

**5.2. Colpensiones.** En su escrito de alegaciones indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** Se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que Yarina Evangelina Sarmiento Velásquez, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 30 de abril de

1986, con cotizaciones hasta el 18 de abril de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico PDF 07ContestaciónDemanda., pág. 19); quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. a partir del 14 de junio del 2001 como aparece en el formulario de afiliación (Expediente electrónico, PDF 08ContestaciónDemanda, pág. 30) y posteriormente se trasladó a Pensiones y Cesantías Santander hoy AFP Protección S.A. el 16 de octubre de 2002, entidad a la que se encuentra actualmente vinculada. (Expediente electrónico, PDF 10ContestaciónDemanda, pág. 61)

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
----------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 14 de junio del 2001, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información.** En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Porvenir S.A. en el año 2001, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 14 de junio del 2001, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

**7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de

vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos emolumentos, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

**10. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de

administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**11. Costas en esta instancia.** Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta

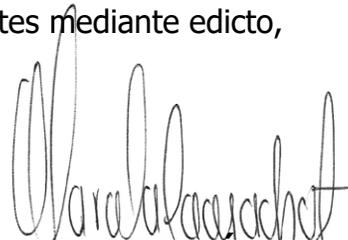
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

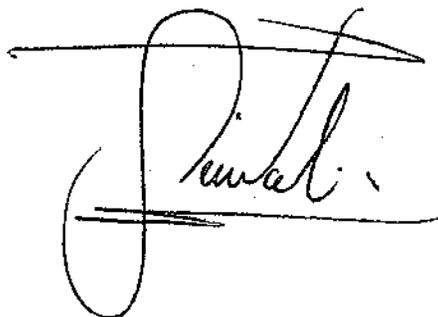
**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **AFP PORVENIR S.A.**, para que devuelvan los conceptos ordenados por la falladora de primer grado debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** YANET SÁNCHEZ AGUIRRE  
**Demandados:** COLPENSIONES Y OTRAS  
**Radicación:** 07-2019-00599-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Yanet Sánchez Aguirre instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, por entenderse que la falta de información vició su consentimiento y, en consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; a esta última activar la afiliación y recibir las sumas que le sean trasladadas; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el 23 de septiembre de 1981; que se trasladó a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. el 5 de julio de 1996 y con posterioridad se vinculó a Colfondos S.A. el 26 de mayo del 2000, quienes no le suministraron ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaPoderAnexos, págs. 1 a 12)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquella. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónColpensiones)

**3.2. AFP Protección S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que, al momento del traslado de régimen pensional, le brindó información clara, precisa, veraz oportuna y suficiente con relación a los efectos jurídicos, consecuencias, prestaciones, así como las ventajas y desventajas del acto; asesoría que se materializó mediante el diligenciamiento y firma correspondiente del formulario de suscripción. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensión Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia e la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06ContestacionProtección)

**3.3. AFP Colfondos S.A.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que la afiliación efectuada por la actora se presentó en virtud de su derecho de escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Indicó que por medio de sus asesores comerciales le brindó asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, tanto las ventajas y desventaja del actor. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos pensiones y cesantías S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y, genérica. (Expediente electrónico, PDF 005ContestaciónColfondos)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 28 de septiembre de 2022, en el que el fallador declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Yanet Sánchez Aguirre al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro, incluyendo rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado de régimen. Condenó a ambas AFP codemandadas a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsional de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos. Ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM y gravó en costas a la demandada.

Para arribar a tal determinación afirmó que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de tramitar el traslado de los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en aplicación al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993. Refirió que siempre ha existido el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la citada Corporación, lo cual se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil. Refirió que tales

condiciones no han sido demostradas en el plenario, debiendo por tanto impartir condena en el sentido de declarar la ineficacia del acto.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando que existe prohibición legal que recae sobre la actora, ya que el momento de solicitar su retorno al régimen de prima media se encuentra inmersa en la prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003. Afirmó que, aunque es deber de la AFP brindar información completa a la promotora del proceso, también debió informarse con anterioridad sobre el régimen que escogió, debido a que al momento que firmó el contrato con ambas AFP, era una persona mayor de edad que gozaba de sus capacidades y tenía una profesión, de ahí que no sea dable declarar la ineficacia de la afiliación.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que el fondo de pensiones no logró acreditar el cumplimiento de su deber objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional.

**6.2. Colpensiones.** Refirió en su escrito de alegaciones que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

**3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado.** Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo,

cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que la señora Yanet Sánchez Aguirre, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 23 de septiembre de 1981, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico PDF 13CumplimientoRequerimientoColpensiones); quien realizó los siguientes traslados:

- AFP Colmena hoy AFP Protección S.A., el 5 de julio de 1996.
- Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, el 26 de mayo de 2000, donde actualmente se encuentra, hecho que no fue discutido por las partes.

**5. Carga probatoria y deber de información.** Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Colmena hoy AFP Protección S.A., esto es, 5 de julio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió a la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que la afiliada sea profesional, pues el hecho de que la actora sea administradora de empresas, no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

**6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información.** En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 5 de julio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

**7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo.** Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

**8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación.** Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

**9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.** Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo dedujo el fallador de primer grado.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación, en tanto que tampoco es dable condicionar la misma, ya que Colpensiones tiene las herramientas judiciales suficientes, para que las AFP demandadas cumplan con la obligación de trasladar los dineros aquí ordenados.

**10. Excepción de prescripción.** Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

**11. Costas en primera instancia.** Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

**12. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

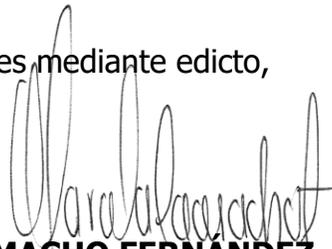
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.

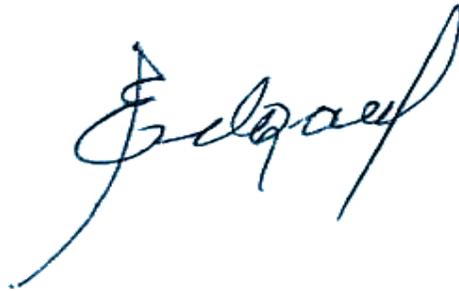
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** *ORDINARIO LABORAL*  
**DEMANDANTE:** *DORIS ASTRID MEDINA LOSADA*  
**DEMANDADO:** *COLPENSIONES y OTRO.*  
**RADICACIÓN:** *110013105-028-2019-00444-02*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN DEMANDADA*  
**TEMA:** *CÁLCULO ACTUARIAL.*

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** La señora DORIS ASTRID MEDINA LOSADA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que fue trabajadora de Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., desde el 09 de marzo de 1981 hasta el 24 de abril de 1988; que se declare que Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A. no efectuó las cotizaciones a seguridad social en pensiones entre el 09 de marzo de 1987 hasta el 24 de abril de 1988, y en consecuencia, se condene a Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A. a realizar el pago del título pensional o cálculo actuarial por el lapso del 09 de marzo de 1987 hasta el 24 de abril de 1988; que se ordene a COLPENSIONES a tener en cuenta el tiempo dejado de cotizar por Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., para la pensión de vejez; que se condene Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., a pagar los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial; que se condene a Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., a pagar los intereses de mora o subsidiariamente la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que trabajó para Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., desde el 09 de marzo de 1981 hasta el 24 de abril de 1988 en el cargo de recepción de autos, bajo un contrato a término indefinido; que fue inscrita al seguro social el 09 de marzo de 1981 y retirada el 08 de abril de 1987; que Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., no cotizó durante el periodo del 9 de abril de 1987 al 24 de abril de 1988, lo que representa un total de 54.57 semanas de cotización; que el último salario devengado era de \$66.385,83; que COLPENSIONES no ha reclamado el bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A. entre el 09 de abril de 1987 al 24 de abril de 1988; que cuenta con un total de 1.324 semanas; sin embargo, la falta de cotizaciones de Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., le representa un perjuicio, ya que deja de percibir el 1.5% de su mesada pensional; que ha presentado múltiples reclamaciones ante Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A. y COLPENSIONES, pero no se ha resuelto favorablemente su situación. (Fols. 1 a 8 archivo No 003)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Fol. 1 a 2 archivo No 08); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones:**

**3.1 COLPENSIONES.:** Al pronunciarse sobre las pretensiones, manifiesta que se inhibe a la prosperidad de las mismas, ya que recaen sobre Skandia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., y además el actuar de COLPENSIONES siempre ha estado amparada bajo los postulados de la buena fe y sujeta a los reportes en el sistema del régimen de prima media con prestación definida por parte de los empleadores. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación contractual con empleador moroso, inexistencia cobro prejudicial y cálculo actuarial presuntivo, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 7 archivo No 012)

**3.2 LIBERTY SEGUROS S.A.:** Como réplica de la demanda manifiesta que la demandada sí efectuó de forma completa y oportuna los aportes por el periodo comprendido entre el 09 de marzo de 1987 y el 24 de abril de 1988, por lo que le corresponde a la administradora de pensiones verificar los pagos, dado que por la antigüedad de los mismos los registros de pagos no están disponibles; que el cálculo actuarial pretendido aplica exclusivamente cuando existe omisión de afiliación del trabajador, situación que en el presente caso no ocurrió; que la imposición de cálculo actuarial es un concepto surgido con la expedición de la ley 100 de 1993, de modo que en el evento de ordenarse un cálculo actuarial se estaría aplicando retroactivamente la ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito postuló la de inexistencia de las obligaciones reclamadas – cobro de lo no debido, compensación, pago, prescripción, buena fe, allanamiento a la mora por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, y la genérica. (Fols. 1 a 16 archivo No 15)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 27 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró que a la demandante le asiste derecho a que le contabilicen la totalidad de tiempos laborados para SKANDIA S.A., hoy LIBERTY SEGUROS S.A.; condenó a COLPENSIONES a corregir y actualizar la historia laboral de la demandante, incluyendo las semanas de cotización entre el 9 de abril de 1987 y el 24 de abril de 1988, los cuales fueron laborados para SKANDIA S.A., hoy LIBERTY SEGUROS S.A.; declaró no probados los medios exceptivos propuestos; instó a COLPENSIONES para que ejerza las acciones de cobro ante LIBERTY SEGUROS S.A. en caso de que no se realicen los aportes pensionales del 09 de abril de 1987 al 24 de abril de 1988, y gravó en costas procesales a las demandadas (fls. 1 a 3 archivo No 039 y archivo 40 y 41, con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión la relación laboral entre la señora DORIS ASTRID MEDIDA LOSADA y SKANDIA SEGUROS DE COLOMBIA S.A., hoy LIBERTY SEGUROS S.A. entre el 09 de marzo de 1981 hasta el 24 de abril de 1988; y en lo relacionado con el cálculo actuarial su decisión se basó en que en la historia laboral no registra la totalidad de semanas a que tiene derecho la demandante, por lo que al no aportarse prueba de haber realizado los aportes por parte del empleador, se entiende que omitió su deber legal de efectuar las cotizaciones por el total del tiempo laborado, y en ese sentido, debe responder por el cálculo actuarial por el lapso comprendido entre el 09 de abril de 1987 al 24 de abril de 1988; manifestó que la demandante aportó ante COLPENSIONES los documentos que demostraban la existencia de la relación laboral, por lo que COLPENSIONES debía activar los mecanismos de cobro coactivo y proceder a corregir

la historia laboral de la accionante y además tener en cuenta tal periodo para la liquidación de la pensión de vejez.

En lo relacionado con los perjuicios pretendidos, manifestó que no se demostró por parte de la actora el perjuicio y su cuantificación; igualmente, frente a los intereses moratorios dijo que no eran procedentes, ya que estos no se sufragan a favor de la demandante, sino que van incluidos en el cálculo actuarial.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Se presentó apelación por LIBERTY SEGUROS S.A., quien manifiesta que COLPENSIONES a pesar de los diferentes requerimientos y pruebas aportadas por la demandante en el momento de solicitar su derecho pensional, no ejerció la acción coactiva frente a la demandada, lo que implica, que efectivamente LIBERTY S.A. sí realizó los aportes en pensión en su totalidad, y con ello debió darse por demostrada la excepción de allanamiento a la mora; que los aportes presuntamente en mora no afectaban el derecho pensional de la demandante, que era lo que cubría o lo que protegía la jurisprudencia; que se deben realizar los cobros de aportes, con el fin de preservar el derecho pensional, el cual no ha sido violentado a la demandante, dado que la misma ya accedió a un derecho pensional; que desde el año 2012 cuando la demandante solicita la corrección de la historia laboral, debía COLPENSIONES activar el cobro coactivo, sin que su omisión deba ahora perjudicar a la demandada; que no hay lugar a reconocer el periodo pretendido, ya que el mismo no incide en la pensión de la demandante y más aún cuando el mismo se liquida con los últimos 10 años de vida laboral, es decir, no se tiene en cuenta el periodo cobrado; que en caso de mantenerse la condena, se adicione la sentencia, ya que el pago de los aportes de seguridad social no son exclusivamente asumidos por la demandada, pues estos comprenden una situación tripartita, en la cual un porcentaje es asumido por el empleador, otra por el trabajador y otra por la entidad administradora que responde por la pensión; que no debe ser un cálculo actuarial sino el cálculo de aportes con los respectivos intereses, además porque hubo afiliación de la demandante, siendo que el cálculo actuarial es por omisión en la afiliación. En definitiva, solicita que se revoque la decisión de instancia, se absuelva a la demandada de las pretensiones y costas procesales.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 Liberty Seguros S.A.:** En la oportunidad legal solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de las pretensiones; de manera subsidiaria peticona que la demandante asuma el porcentaje de cotización que le corresponde.

**6.2 Demandante.:** Solicita que se desestimen los argumentos de la parte recurrente y se confirme la decisión de instancia.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Liberty Seguros S.A., se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que haya sido desfavorable, de conformidad con el artículo 69 *ejusdem*.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la Sala dilucidar: i) ¿LIBERTY SEGUROS S.A. debe responder por el cálculo actuarial o título pensional con destino a COLPENSIONES por el tiempo laborado por la actora entre el 09 de abril de 1987 hasta el 24 de abril de 1988? ii) ¿COLPENSIONES está obligada a recibir el cálculo actuarial o título pensional? iii) ¿La demandante debe asumir algún porcentaje de los aportes pensionales que hacen parte del cálculo actuarial?

**3. Relación laboral.** No existe controversia en cuanto a que la actora ha prestado sus servicios para el demandado SKANDIA SEGUROS DE COLOMBIA S.A., hoy LIBERTY SEGUROS S.A., desde el 09 de marzo de 1981 hasta el 24 de abril de 1988, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la documental, como la certificación laboral (Fols. 41 archivo No 005), y liquidación final de prestaciones (Fols. 40 archivo No 005), en ese orden, la discusión radica en la procedencia o no del cálculo actuarial a cargo del ex empleador LIBERTY SEGUROS S.A.

**4. Cálculo actuarial.** Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito memorar es que la cobertura del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se inició a partir del 01 de enero de 1967, de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966; sin embargo, la cobertura en el territorio nacional fue de manera progresiva.

Sea lo primero por indicar que ciertamente la postura de la a quo, en lo relativo a que el empleador Héctor Julio Alfonso Calderón debe responder por el cálculo actuarial, resulta ajustada al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha decantado la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la de radicado SL3892 de 2016, por cuanto que en casos de **falta de afiliación** o cobertura del otrora ISS, debe necesariamente el empleador responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliada la actora y, a su vez, esta última, validar el tiempo laborado como tiempo cotizado y proceder al reconocimiento de las prestaciones económicas a su cargo, criterio plasmado de la siguiente manera: *"le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, (...), con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comentario". (Sentencia radicación No 32922 de 2009, sentencia SL17300 de 2014, sentencia SL3892 de 2016, radicación No 45209).*

Ab initio, cumple resaltar que ciertamente la postura del a quo, en lo relativo a que el empleador LIBERTY SEGUROS S.A. debe responder por el cálculo actuarial, resulta ajustada al precedente jurisprudencial sentado respecto al tema por la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la de radicado No 42398 del 20 de marzo de 2013, pues sin importar si el tiempo laborado le permitía o no obtener la pensión de vejez, debe necesariamente el empleador responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES y, a su vez, esta última, tener en cuenta el tiempo laborado como tiempo cotizado y proceder al reconocimiento pensional.

En sustento de lo anterior, la Corte en esa oportunidad enfatiza en que la obligación del empleador de asumir el cálculo actuarial no puede quedar condicionada al otorgamiento o no del derecho pensional, en los siguientes términos: *"si se aceptara lo dicho por el recurrente, conllevaría que la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de su deber de afiliar a tiempo a un trabajador dependa de que la extrabajadora complete los requisitos para pensión, lo cual va en contravía de los*

*principios de solidaridad y sostenibilidad financiera que informan el sistema de seguridad social”.*

En igual sentido, la sentencia SL197 de 2019, en la que la Corte hace todo un recuento jurisprudencial en lo relacionado con la obligación de los empleadores de asumir el cálculo actuarial aún en los eventos en que no se efectuaron aportes por falta de cobertura del ISS; en esa providencia, concluye la Corte lo siguiente: ***“La aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales para la situación de omisión en estudio, implica que si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de diez años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura, y en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el periodo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede seguir cotizando para obtenerla; y si de todas formas no la obtiene, esos recursos son del sistema de seguridad social”.*** (Negrilla fuera del texto)

Ahora, la parte demandada insinúa en la alzada que el cálculo actuarial ordenado no representa ningún beneficio económico en la mesada pensional de la actora, ya que no le restringe el acceso al derecho pensional; no obstante, considera esta Sala que en virtud de los principios orientadores del sistema integral de seguridad social en pensiones, como el de universalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera, no puede dejarse de aplicar la consecuencia jurídica de la omisión del empleador en su obligación de efectuar la afiliación y hacer las cotizaciones por el solo hecho de que a la fecha el actor cuente con una alta densidad de semanas cotizadas que le permitieron obtener su pensión de vejez, pues los aportes en el régimen de prima media con prestación definida constituyen un fondo común de naturaleza pública conforme lo prevé el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, es decir, que tales aportes dejados de realizar por el empleador, teniendo la obligación de hacerlos, no solo financian la prestación que disfruta la actora, sino las demás pensiones que se otorgan en el régimen de prima media, tal como se logra desprender del literal C, del artículo 2 de la ley 100 de 1993, esto es, el principio de solidaridad.

En ese orden de ideas, como lo que aconteció fue una **falta de afiliación** u omisión de afiliación por parte del empleador por lo menos por el lapso que va desde el 09 de abril de 1987 hasta el 24 de abril de 1988, lo procedente es la aplicación de lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1887 de 1994, esto es, la asunción del cálculo actuarial, cuyo sustento deviene de lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En este punto, se precisa que si bien el empleador afilió a la actora el 09 de marzo de 1981 (Fol. 43 archivo No 05), procedió a reportar la novedad de retiro el 08 de abril de 1987 (Fol. 7 archivo No 036), a pesar de que la relación laboral se extendió hasta el 24 de abril de 1988, sin que se evidencie o demuestre por la demandada los aportes correspondientes al periodo del 9 de abril de 1987 hasta el 24 de abril de 1988.

RELACION DE ACTIVIDADES REGISTRADAS												
BANCA DE COLOMBIA												
Número Aportante	0100000011	P	11	SEMANA								
Actividad	Novedad	Fecha	Salario									
00001207030	Novedad	19810309	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
00001207030	Cambio de Salario	19810309	28	11 880	1	P.S.R.	11					05
00001207030	Cambio de Salario	19810309	28	11 700	1	P.S.R.	11					05
00001207030	Cambio de Salario	19810309	35	21 420	1	P.S.R.	11					05
00001207030	Cambio de Salario	19810401	29	28 100	1	P.S.R.	11					05
00001207030	Retiro	19870408	0	30 100	1	P.S.R.	21					47

PERIODO PAGADOS POR APORTANTE							
Número Aportante	Banco Social	Desde	Hasta	Días	Licencias	Simultaneas	Neto
0100000011	BANCA DE COLOMBIA	19810309	19870408	2,222	0	0	2,222
TOTAL DIAS COTIZADOS:				2,222	0	0	2,222
TOTAL SEMANAS:							317,428

RESUMEN DIAS PAGADOS POR SALARIO					
Desde	Hasta	Salario	Días	Semanas	
19810309	19820731	0	840	0	72,807
19820801	19820831	0	11 880	0	43,038
19820901	19820930	0	17 700	0	100,000
19820901	19820931	0	31 400	0	47,857
19820401	19870408	0	30 100	0	83,287
TOTAL DIAS:			2,222	317,428	

De otra parte, en lo atinente a que el cobro de las cotizaciones le competía a COLPENSIONES y que por ello operó el allanamiento en la mora, cumple precisar, que si bien es cierto de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 le corresponde a la AFP el cobro coactivo de la mora de las cotizaciones, no es menos cierto que el afiliado puede reclamar de su empleador el cumplimiento de la obligación de efectuar las cotizaciones, pues ello tiene incidencia a posteriori en las reclamaciones que efectuó el afiliado ante la AFP, bien sea por que requiera el reconocimiento pensional, por reliquidación o por cualquier otro derecho de carácter pensional que requiera el afiliado o pensionado, lo que implica que independientemente de que en el sub examine a la actora le haya sido reconocida la pensión, no exonera al empleador de cumplir su obligación patronal de efectuar las cotizaciones que por disposición legal le impone el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 y el artículo 5° del Decreto 2090 del 2003, pues es un imperativo que de inaplicarse iría en contravía de los principios estipulados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, específicamente el principio de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

Bajo ese horizonte, el hecho de que la demandante haya solicitado a COLPENSIONES la corrección de la historia laboral con la demostración de que la relación laboral se extendió hasta el 24 de abril de 1988, no exonera al empleador de cumplir con su obligación de asumir el cálculo actuarial por el periodo que no efectuó cotizaciones, ni tampoco se puede desprender que ante dicha omisión era deber de COLPENSIONES iniciar el cobro coactivo, pues se itera que durante el período adeudado no medió afiliación, por lo que resulta desatinado el argumento de la alzada tendiente a relevarse de su obligación de responder por el cálculo actuarial.

De otra parte, en lo tocante al porcentaje que debe cubrir el empleador y el trabajador, punto objeto de apelación por la parte pasiva, cumple relieves que no le asiste razón a la alzada, pues sobra señalar que LIBERTY SEGUROS S.A no cumplió con su obligación de cotizarle a la accionante de manera oportuna al Sistema General de Pensiones, razón por la cual, es el susodicho quien debe de asumir la totalidad de dichos aportes, puesto que así lo exige el inciso 2° del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, al disponer de manera categórica: *"El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador"* (Sentencia del 11 de noviembre de 2006, Radicación 27732).

Al respecto, la sentencia SL3847-2022, trayendo a colación la SL673-2021 y SL4222-2021, menciona lo siguiente:

*"Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, **está exclusivamente a su cargo**, sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020".*

Finalmente, vale señalar que en los eventos relacionados con la omisión del empleador de efectuar las cotizaciones al sistema general en pensiones, surge el reconocimiento del cálculo actuarial, y para el efecto, pueden remitirse las partes procesales a lo pregonado por el máximo tribunal de esta jurisdicción en sentencia como las SL14426-2014, SL2731 de 2015 y SL 14388-2015, radicación No 43182 del 20 de diciembre de 2015, especialmente en esta última cuando asienta: *"la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber*

*de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social”.*

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con la obligación de parte de LIBERTY SEGUROS S.A. de responder por el cálculo actuarial, y de COLPENSIONES de recibir el mismo a su entera satisfacción y tener en cuenta tal periodo para efectos pensionales de la actora.

**5. COSTAS.** Costas en esta instancia a cargo del demandado LIBERTY SEGUROS S.A. por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

### **DECISIÓN**

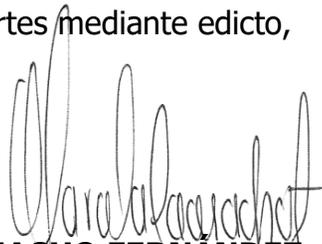
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

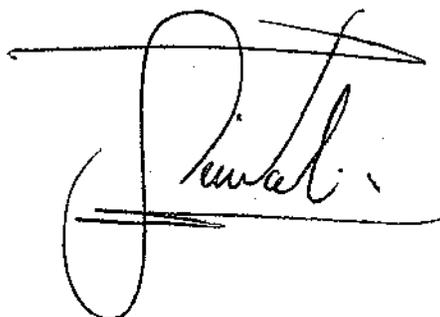
**PRIMERO.: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de LIBERTY SEGUROS S.A. y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de DORIS ASTRID MEDINA LOSADA y a cargo de LIBERTY SEGUROS S.A. el equivalente a 1/2 SMMLV, esto es, la suma de \$500.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** *ORDINARIO LABORAL*  
**DEMANDANTE:** *SAMUEL MEDINA CARREÑO*  
**DEMANDADO:** *COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y MINHACIENDA.*  
**RADICACIÓN:** *110013105-017-2018-00555-01*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN y CONSULTA*  
**TEMA:** *INEFICACIA TRASLADO- PENSIONADO- PERJUICIOS*

Bogotá D.C, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### **AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### **SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** SAMUEL MEDINA CARREÑO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO con el fin de que se declare de manera principal la nulidad del traslado y de manera subsidiaria la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. el reconocimiento y pago de los perjuicios, los cuales se tasan en las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida desde el 22 de marzo de 2011, fecha en la que acreditó los 60 años de edad, mientras la codemandada COLPENSIONES inicie el pago de la mesada pensional; que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen de transición con aplicación del Acuerdo 049 de 1990; se condene a los intereses moratorios y/o indexación, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 22 de marzo de 1951, cumpliendo los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2011; que cotizó al sistema general de pensiones un total de 1.573 semanas; que el 22 de marzo de 2011 adquirió el status de pensionado; que en junio de 1994 por error inducido se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; que es beneficiario del régimen de transición; que PROTECCIÓN S.A. le reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de junio de 2017 en cuantía inicial de \$2.501.931, bajo la modalidad de retiro programado; que la afiliación al RAIS le causó perjuicios, específicamente al estar percibiendo una mesada pensional inferior y deficitaria a la que le hubiere correspondido si hubiera permanecido en el régimen de prima media con prestación definida; que el salario devengado para el año 2017 es de \$15.500.000; que la mesada pensional que le hubiere correspondido en el régimen de prima media ascendería a \$7.910.912; que el 27 de junio de 2018 solicitó a COLPENSIONES el cambio de régimen, pero le fue negado. (fol. 82 a 106 archivo No 2018-555).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue

notificada en debida forma (fol. 151 archivo No 2018-555); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1 AFP PROTECCIÓN S.A.** Dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que la afiliación al RAIS es plenamente válida y produjo los efectos jurídicos, puesto que confluyeron todos los elementos para su existencia y validez; que no existió vicio en el consentimiento, dado que se firmó el formulario de afiliación; que los asesores comerciales de PROTECCIÓN están debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a sus potenciales afiliados; que la diferencia en la mesada pensional de uno y otro régimen corresponde a la fórmula de liquidación utilizada, pero ello no demuestra la existencia de engaño ni inducción en error. Propone como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia del consentimiento por error de derecho, prescripción, imposibilidad de reconocimiento en el RPM de la pensión de vejez con antelación al mes de julio de 2017, inexistencia de perjuicios, intangibilidad del bono pensional, compensación de las sumas pagadas a título de mesada pensional, y la innominada o genérica. (fols. 198 a 210 archivo No 2018-555).

**3.2 COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU062 de 2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo; que la afiliación en el RAIS se realizó con los requisitos establecidos en la ley; que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiera inducido en error por falta al deber de información o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo; que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante. Propuso como excepciones de fondo las de 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, y la innominada o genérica (fols. 153 a 174 archivo No 2018-555).

**3.3 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que en lo que respecta a sus funciones emitió y redimió un bono pensional tipo A con destino a PROTECCIÓN S.A., desconociendo las circunstancias en que se produjo el traslado de régimen. Propuso como excepciones de fondo las de pago de la diferencia del cálculo establecido en la sentencia SU-062 de 2010, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tiene la obligación pendiente en materia del bono pensional con el demandante, prescripción, buena y la genérica (fol. 295 a 315 archivo No 2018-555).

**3.4 CONTESTACIÓN HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones en caso de que la prosperidad de las mismas afecte en algo a la aquí vinculada en relación con el bono pensional o cualquier perjuicio que se le genere, dado que en lo demás no tiene facultades para declarar la nulidad de la afiliación al régimen pensional. Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido – constitución de bono pensional tipo A conforme a las normas aplicables al momento de su pago, y hecho de un tercero (fol. 336 a 351 archivo No 2018-555).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 07 de abril de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró probadas las excepciones de saneamiento de la nulidad alegada, imposibilidad de reconocimiento en el Régimen de Prima Media de la pensión de vejez con antelación al mes de junio de 2017; negó la solicitud de declarar la nulidad o ineficacia del traslado; condenó a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar al demandante, a título de indemnización de perjuicios causados del 18 de junio de 2017 al 31 de marzo de 2022, el pago de la suma de \$499'024.133, y a partir del mes de abril de 2022, ordenó pagar al demandante una mesada de \$11'777.947, y en adelante con los reajustes legales y la mesada adicional que se cause, advirtiendo a Protección S.A., que no podrá disminuir el monto de la prestación pensional argumentando la disminución del capital necesario para mantener el pago de la pensión; autorizó a Protección S.A., para que del valor que debe reconocer al demandante, descuenta en el porcentaje que corresponda, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social; absolvió a Colpensiones, a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, y a Helmerich & Payne Colombia Drilling Co, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; finalmente, condenó en costas solo a Protección S.A.

La decisión del Juez se basó en síntesis en que, en el caso concreto del actor, no le es aplicable lo dispuesto en la sentencia SU062 de 2010, ya que solo aplica para los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios, es decir, quienes al 1 de abril de 1994, tengan 15 años o más de cotizaciones, siendo que el actor para el 1 de abril de 1994, reportaba 641 semanas, que corresponden a 12 años y 4 meses, a pesar de que contaba con 43 años de edad; ahora, para el 29 de diciembre de 1998, fecha en la que se trasladó a Colmena, hoy Protección S.A., tenía 845,29 semanas, o un aproximado de 16 años y 4 meses, además de ser beneficiario del régimen de transición por edad, es decir, tenía una expectativa de pensionarse con la normatividad anterior, pero tal situación se desconoció por la AFP al trasladarse de régimen.

Que al trasladarse de régimen pensional se le afectó la calidad de beneficiario del régimen de transición; que no se le brindó asesoría, ni sus beneficios o desventajas, en particular la pérdida del régimen de transición; que no se le informó acerca de las circunstancias del traslado, ya que la única documental allegada corresponde al formulario de afiliación, pero aquel no es suficiente para dar por cumplido el deber de información; que no se le explicaron las modalidades de pensión, la necesidad de los aportes voluntarios para pretender una pensión anticipada, así como tampoco un cuadro comparativo de los dos regímenes; que para la fecha del traslado tenía una importante densidad de semanas cotizadas; que el asesor dejó de lado advertirle los riesgos del traslado, pues su labor solo fue de índole comercial y no sobre las particularidades del demandante; que la firma en el formulario resulta insuficiente; que el deber de información está desde la creación de los fondos privados conforme el Decreto 663 de 1993; que el estudio del presente asunto debe hacerse desde la figura de la ineficacia y no nulidad del acto jurídico; que si bien le fue reconocida una pensión bajo la modalidad de retiro programado a partir del 18 de julio de 2017, se insiste en que para el momento del traslado la AFP PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de demostrar el deber de información, el cual no se acreditó; que no se desprende confesión del interrogatorio de parte; que se omitió el deber legal de informarle sobre la pérdida del régimen de transición; que a pesar de todo lo anterior, la falta al deber de información se entiende saneada, ya que adquirió el estatus de pensionado en el RAIS, bajo la modalidad de retiro programado el 18 de julio de 2018, lo que representa una situación jurídica consolidada conforme la sentencia SL373-2021 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Que, de conformidad con lo anterior, la pretensión de ineficacia no puede ser acogida, ya que el efecto jurídico de la ineficacia se encuentra saneada con el acto jurídico de reconocimiento pensional, y por ello, se presenta la imposibilidad de retrotraer las cosas a su estado inicial, y por contera, resulta imperiosa la absolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, y Helmerich & Payne Colombia Drilling Co.

Ahora, como se le irrogaron a PROTECCIÓN S.A. unos perjuicios, teniendo en cuenta que al actor al momento del traslado no se le brindó información, es necesario buscar el remedio jurídico para solucionar tal situación, el cual encuentra soporte en la sentencia SL373-2021, en la que abre la posibilidad de que el pensionado puede reclamar la indemnización de perjuicios. En ese orden como la AFP PROTECCIÓN S.A. faltó al deber de información, y dicha omisión no obedeció al cumplimiento de sus obligaciones mínimas, es claro que le generó un perjuicio al demandante.

Que para cuantificar los perjuicios procede a efectuar los cálculos matemáticos de la pensión que le hubiere correspondido de haber continuado afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, esto es, liquidar el IBL de los últimos 10 años conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, luego se le aplica el 90% de tasa de reemplazo, por contar con 1586 semanas; arrojando una mesada pensional en el RPMPD de \$9.844.307, para el año 2017, y como quiera que la pensión en el RAIS para esa anualidad era de \$2.366.582, se presenta una diferencia de \$7.477.725, que constituye el perjuicio irrogado debido a la omisión en la falta de información.

Que la diferencia pensional desde el 18 de julio de 2017 al 31 de marzo de 2022, arroja un valor de \$499'024.133, y a partir del mes de abril de 2022, debe continuar pagando PROTECCIÓN S.A. al demandante una mesada de \$11'777.947, y en adelante con los reajustes legales y la mesada adicional que se cause.

En cuanto a la excepción de prescripción manifestó que el daño causado solo se pudo establecer en el momento en que se le otorgó la pensión, esto es, el 18 de julio de 2017, por lo que tenía de allí hasta el 18 de julio de 2020 para reclamar los perjuicios, y como quiera que la demanda se presentó el 17 de septiembre de 20189, no se encuentra probada tal excepción.

En lo tocante a los intereses moratorios, estableció que el artículo 141 ley 100 de 1993, regula la mora en el reconocimiento pensional, lo que no corresponde con la condena impuesta, y respecto a la indexación como obedece a unas diferencias pensionales, se tuvo en cuenta para cada año el incremento anual para las pensiones, por lo que la condena está actualizada, siendo improcedente tal pretensión.

## **5. Impugnación y límites del ad quem.**

**5.1 DEMANDANTE:** Manifiesta que al vulnerar el consentimiento informado la consecuencia no es otra que la ineficacia del traslado y el retorno al régimen de prima media con prestación definida, sin que desaparezca la afiliación por el hecho de ostentar la condición de pensionado; que quedó probado que por la mala asesoría se lesionó la libertad de libre selección de régimen; que está demostrado que se afectó el derecho a la seguridad social del actor; que de haber permanecido en el régimen de prima media se hubiera pensionado desde el año 2011, y solo se vino a pensionar a los 66 años con Protección S.A. y con una suma inferior; que no se puede debilitar los efectos de la ineficacia por el hecho de ser pensionado; que se deben dignificar los

derechos fundamentales del actor, regresando al régimen de prima media, y asumiendo la AFP las consecuencias; que las disfuncionalidades de la sentencia de la Corte se enervan, dado que el bono pensional aún no se ha utilizado para el pago de la pensión; que se debió declarar la ineficacia, retornar al RMP y el consecuente reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES, con base en el régimen de transición del Acuerdo 049 de 1990, y en la forma como lo liquidó el despacho, más los intereses moratorios e indexación, o por parte de PROTECCIÓN S.A. la diferencia pensional que ha dejado de percibir por parte de Colpensiones a título de perjuicios; que si el Tribunal encuentra que no es posible la ineficacia, se adicione en la condena de perjuicios los intereses moratorios o la indexación, siendo diferente el incremento del IPC de las pensiones con la actualización de las condenas.

**5.2 PROTECCIÓN S.A:** Solicita que se revoque en su totalidad la decisión de instancia, ya que en el interrogatorio se encuentra plenamente probado el conocimiento pleno de las particularidades de ambos regímenes y la asesoría recibida por parte del asesor comercial de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A; que se presentó confesión por parte del demandante, ya que conocía las condiciones propias del régimen de prima media y manifestó que recibió información de los extractos; que el demandante manifiesta que no conocía de los excedentes de libre disponibilidad, pero aporta al proceso un estudio conforme al cual solicitó conocer si tenía derecho a excedentes de libre disponibilidad, lo que da a entender que tenía conocimiento al respecto; que se evidencia que si fue debidamente informado para el año de 1994; que para la fecha del traslado no se tenía conocimiento de los salarios con los que iba a cotizar a futuro; que la diferencias de las mesadas pensionales no se pueden establecer como un perjuicio; que no existió intención o dolo del asesor comercial; que el formulario de afiliación está definido por el legislador y tiene los campos que el mismo determinó; que está suficientemente establecido la confesión por parte del demandante, y el conocimiento que tenía de los excedentes de libre disponibilidad; que no existe ineficacia de traslado; que el demandante escogió libremente la modalidad de pensión; que la condena establece una indemnización de perjuicios y de allí se presenta una confusión en cuanto al reconocimiento pensional en el RAIS, pues se hizo bajo criterios del RPMPD, sin tener en cuenta el capital necesario de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política; que no existe capital necesario para cumplir la orden de pagar una mesada pensional calculada con el régimen de prima media; que no existe culpa o dolo en la supuesta falta de asesoría; que no existe un hecho culposo que dé lugar a la indemnización de perjuicios, ni tampoco existe el nexo de causalidad; que no existe fuente de responsabilidad que pueda materializarse en las condenas; que la mesada pensional para el año 2017 era de \$2.501.931, y no la que tuvo en cuenta el juez, con lo cual se encuentra viciada la liquidación de perjuicios; que se hacen unos reajustes con IPC sin que exista ningún tipo de prueba en relación al monto de las mesadas pensionales que se pagaron de allí en adelante; que no existe nexo de causalidad entre el hecho y el daño; que se aportó prueba documental en la cual se invitaba a los afiliados a regresar al régimen de prima media con prestación definida, pero tal derecho no fue ejercido por la parte demandante; que resulta improcedente la condena de perjuicios, dado que no existe prueba de que el actor no haya tenido conocimiento de las características del régimen de prima media; en definitiva solicita que se revoque en su totalidad la sentencia.

## **5. Alegatos de conclusión.**

**6.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal manifiesta que no es procedente el traslado de régimen solicitado por la parte actora.

**6.2 HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO.:** Solicita que confirme la decisión absolutoria de primera instancia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y Protección S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66a del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional del señor SAMUEL MEDINA CARREÑO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., pese a ostentar la calidad de pensionado bajo la modalidad de retiro programado? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es procedente aplicar el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SL373-2021, a pesar de que para la fecha de interposición de la demanda era procedente la ineficacia del traslado en calidad de pensionado del RAIS? En el evento de no proceder la ineficacia del traslado se abordará el siguiente problema jurídico (ii) ¿Es procedente el reconocimiento de perjuicios a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A.?

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor SAMUEL MEDINA CARREÑO, cotizó al ISS, hoy Colpensiones del 25 de junio de 1973 hasta el 31 de mayo de 1994 (Fol. 225 archivo No 2018-555); que se trasladó a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. el 07 de junio de 1994, como se evidencia el formulario de afiliación y en el certificado SIAFP (fol. 211 y 213 archivo No 2018-555); que el 11 de julio de 2017, PROTECCIÓN S.A. le aprueba la solicitud pensional en la modalidad de retiro programado, en la suma de \$2.501.931,61, con fecha de adquisición del derecho el 18 de julio de 2017 (Fol. 247 a 248 y 223 archivo No 2018-555).

En torno de la definición de esta clase de controversias, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, decidiendo *“abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*.

En la citada providencia, la Corte expresó que la calidad de pensionado es una *“situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer”*, ya que ello conllevaría a configurar *“disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”*.

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso.

Así mismo, en providencia SL1309-2021, hace eco de lo ya dicho en la sentencia SL373-2021, con el aditamento conceptual de definir en qué momento se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS para efecto de verificar la procedencia o no del traslado de régimen pensional, y en lo que interesa, indica que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS cuando el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular opte por cualquiera de las modalidades pensionales en el RAIS, ya que de tal escogencia dependerán las características de su mesada pensional.

Al margen de lo anterior, ha de ponderar la Sala que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, establece que la obligación del consentimiento informado de la AFP no solo se debe atender en la antesala del traslado, sino también: "*durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado*", regulación que permite inferir que una vez solicitada y obtenida la prestación económica de vejez ante la AFP y entrado en el pleno disfrute pensional, la falta de información integral en el traslado inicial entre regímenes pensionales deja de ser relevante, en tanto se trata de una persona adquirente de un nuevo status como pensionado, acto jurídico en el que la AFP le pone a disposición las diferentes modalidades pensionales del RAIS, tal como se detalla en la documental de folios 249 a 255 archivo No 2018-555, y como consecuencia de ello, el actor escogió la modalidad de retiro programado, lo que llevó a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a expedir la Resolución No 16671 del 22 de mayo de 2017 (Fol. 317 a 322 archivo No 2018-555); igualmente, el actor en el interrogatorio de parte manifestó que viene recibiendo la pensión de vejez desde el año 2017, manifestación que se tendrá como confesión a voces del artículo 193 del CGP.

Circunstancias que resultan relevantes jurídicamente y que no puede pasar de soslayo la Sala, pues si bien es cierto, la ineficacia de la afiliación y traslado inicial al RAIS conlleva restablecer el *status quo*, no lo es menos que no puede desconocerse la voluntad del actor de escoger libremente la modalidad pensional suscribiendo un nuevo acto jurídico con efectos legales particulares, concretos y oponibles, aunado a que la decisión con la cual se concedió la pensión de vejez en el RAIS le permitía la posibilidad de presentar solicitud de reconsideración o recursos frente a la misma, sin que se demuestre en el legajo inconformidad alguna respecto del reconocimiento pensional, ni mucho menos que en aquél momento hubiera puesto en entredicho la falta de información al momento del traslado inicial en el año de 1994, razón por la cual, una vez despuntó el disfrute pensional a partir del mes de julio de 2017, se consolidó plenamente la calidad de pensionado, y por ende, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia se hace improcedente la declaratoria de ineficacia instada.

Ello así, al tratarse de un nuevo acto jurídico de naturaleza irrevocable, mal haría el operador judicial por la vía de la ineficacia del traslado dejar tal acto sin efectos.

Ahora, respecto a la alzada referida a que deben aplicarse las consecuencias de la ineficacia con el regreso del actor al régimen de prima media con prestación definida, a pesar de tener la calidad de pensionado, acota la Sala que con la sentencia SL373 de 2021, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral abandonó el criterio que venía sosteniendo sobre la ineficacia en tratándose de pensionados, criterio aplicable **con efecto inmediato**, máxime cuando no hace ninguna excepción frente a los procesos que se hayan radicado con anterioridad a la sentencia SL373-2021, o que deba verificarse si al momento de la interposición de la demanda era afiliado o

pensionado, pues como se dijo, el criterio actual sostenido por la Corte es la improcedencia de la ineficacia del traslado de quienes ostenten la calidad de pensionados, muy a pesar incluso de que tal calidad se concrete en el transcurso del proceso o de que se haya pensionado con anterioridad al cambio jurisprudencial.

Debe también precisar la Sala que el criterio vertido en la sentencia SL373-2021, ha sido propalado en sentencias SL5169-2021, SL5704-2021, SL5172-2021, y SL1113-2022, por lo que, al ser un criterio o precedente jurisprudencial consolidado y vigente, no se puede dejar de aplicar bajo el argumento de que no es un criterio consolidado de la Corte o que el bono pensional aún no se ha utilizado para cubrir las mesadas pensionales.

En este punto debe decirse que, erró el a quo al señalar que al adquirirse la calidad de pensionado, la falta al deber de información se entiende saneada, pues tal tema ha sido abordado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias en la SL1113-2022, en la asienta que la improcedencia de la ineficacia en tratándose de pensionados no está fundamentada en que "podría generarse una explosión de demandas masivas que provoquen una crisis financiera", así como también que "el hecho de reclamar y obtener la pensión en el RAIS dé por «superada la falta de información», pues la jurisprudencia laboral es pacífica en el criterio que la ineficacia no es susceptible de ser saneada o convalidada (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021 y CSJ SL5188-2021)".

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, tal como a continuación se indica:

*"...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, **tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.***

*(...)*

*El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.*

*En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento".*

Es menester llamar la atención que en el sub examine desde el libelo genitor se enuncia que "la afiliación al RAIS le causó perjuicios al actor, específicamente el estar percibiendo una mesada pensional inferior y deficitaria a la que le hubiere correspondido si hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida", pretendiendo que "Se CONDENE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados al señor SAMUEL MEDINA CARREÑO, los cuales se tasan en las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida (...)", pretensión que quedó incluida en la fijación del litigio, lo que habilita su estudio por parte de la Sala.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha delineado que la acción de indemnización de perjuicios no es ajena al derecho laboral, y en un caso donde se pretendían perjuicios morales a cargo de una AFP por la demora en resolver su situación pensional, estimó la Corte que, el Tribunal se equivocó al denegar la pretensión por estimar que no pertenece al ámbito laboral, y en esa dirección apuntaló:

*"Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen". (Radicación 35795 de 2010).*

De igual modo, vale resaltar lo dicho en la sentencia SL924 de 2018, que a su vez replica la sentencia de radicado No 357222 de 2009, en la que, respecto de la reparación del daño, expresa:

*"Sea lo primero advertir que ha sido posición pacífica de la Corte Suprema de Justicia que el incumplimiento de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones no siempre conlleva a que aquél asuma las prestaciones propias de la ley de seguridad social, **dado que existirán algunos eventos en los que dicha omisión no genere perjuicio alguno; pero sí, por el contrario, produce algún daño debe repararlo, por ejemplo, reconociendo y pagando la respectiva prestación que el sistema hubiese otorgado**". (Negrilla fuera del texto).*

Y en lo que respecta los perjuicios reclamados de quien ostenta la calidad de pensionado en el RAIS, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3535-2021, consideró:

*"Por consiguiente, siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda - lo que en este caso no ocurrió-, **bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar**". (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Así las cosas, colige la Sala que, desde las honduras de lo jurídico procesal, al no ser la acción de indemnización de perjuicios ajena al derecho laboral, en la que sin duda cabe la reparación del daño por la responsabilidad imputable a la AFP, debe la parte actora encausar las pretensiones en ese sentido, bien sea de manera directa o principal o subsidiaria a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, como acaece en el *sub examine*, en donde se pretende que se reconozca a cargo de PROTECCIÓN S.A. a título de indemnización de perjuicios la diferencia de la mesada pensional que le hubiere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida.

Habida cuenta que nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad subjetiva contractual por culpa probada, al que se llega por vía de aplicación supletoria del artículo 19 del C.S.T. y que constituye uno de los principios torales del mismo compendio normativo, viene a propósito colacionar los predicamentos que en torno del daño ha esbozado con solvencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC282-2021/2008-00234-01), en cuyos apartados pertinentes expresa:

*"El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.*

*Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01).*

*En otras palabras, «es todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01).*

*2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado' (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.º C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.º 2005-00174-01).*

(...)

*El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».*

*La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio» (SC, 18 dic. 2012, rad. n.º 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, es preciso verificar si se ha ocasionado un daño que deba repararse, lo que en efecto acontece, puesto que, en lo concerniente a la afiliación y traslado de régimen pensional, solo se allegó por parte de la AFP el correspondiente formulario de afiliación, y otra documental posterior al traslado (Fols. 213 y 256 a 258 archivo No 2018-555); empero, tales probanzas no reflejan que de manera documentada se haya presentado la asesoría calificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, y que no solo son los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse el traslado, mucho más, si en el proceso por el que se procede, la entidad convocada al juicio enfila su defensa en que no contaba con soporte documental para la fecha del traslado por cuanto la información se brindaba de manera verbal, lo cual contraviene lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato de vinculación cumpliendo con los requisitos que impone la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere de la efectiva asesoría integral brindada al momento del traslado, indicando las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima, debía efectuar aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones, en la medida en que no se trata solo de disuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que pueda lograr en lo futuro una pensión que mejor se acompañe con la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral, lo que da lugar a dar por acreditada la culpa de la AFP accionada.

Ahora bien, la Sala entra a verificar si esa falta de información calificada por parte de la AFP convalidada al juicio, que determinó la afiliación, traslado y permanencia del actor en el RAIS, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionado con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, causó un daño directo, cierto, real y efectivo en la liquidación del ingreso base y en el monto de la mesada pensional, lo que en efecto logra extraerse del plenario, dado que el actor antes de trasladarse a PROTECCIÓN S.A. era beneficiario del régimen de transición, por contar con 43 años de edad al 01 de abril de 1994, en razón de haber nacido el 22 de marzo de 1951 (fol. 54), pese a que no cuenta con los 15 años de cotizaciones o semanas cotizadas al 01 de abril de 1994 (fols. 1 a 2 expediente administrativo).

A la par de lo anterior, para el 29 de diciembre de 1998 (Fol. 216), ya contaba con 845.29 semanas, es decir, que hubiera seguido conservando el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, en observancia a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005; así mismo, para el mes de diciembre de 2014 contaba con más de 1.400 semanas en toda su vida laboral (Fol. 227), hecho que al no haberse ponderado para la fecha en que solicitó la prestación económica ante PROTECCIÓN S.A. (junio de 2017) significó la pérdida de oportunidad de acceder a un mayor valor en su mesada

pensional, en tanto que de haber continuado en el régimen de prima media con prestación definida, le hubiera correspondido una mesada con una tasa de reemplazo del 90% del IBL, en términos del Acuerdo 049 de 1990, situación que evidentemente le significaría un mayor monto de la mesada pensional de la que le fuera otorgada por PROTECCIÓN S.A. a partir del 18 de julio de 2017 de \$2.501.931,61 (Fols. 228), y por contera, se configura el elemento basilar constitutivo de la responsabilidad de la AFP, como lo es el daño, con su particular carácter de ser "*directo y cierto*" y no simplemente "*eventual o hipotético*".

En este punto, vale la pena memorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021), en torno de la concreción del daño, al resaltar que: "*el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado*"; lo que en efecto se presenta en el *sub examine*, pues la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la AFP previo al momento del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó al actor de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el régimen de prima media con prestación definida, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina "pérdida de oportunidad" como daño reparable, dentro de las siguientes condiciones:

*"La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a "la pérdida de una oportunidad" como "la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio" y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que "[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil)"*

Así las cosas, se advierte la presencia de la tríada de elementos de la responsabilidad subjetiva, esto es, una culpa probada de la AFP accionada, un daño directo y cierto, y un nexo causal entre los dos primeros elementos. No obstante, todo ello, debe revisarse la **excepción de prescripción** propuesta por PROTECCIÓN S.A., debido a que tal medio defensivo resulta determinante para entrar a definir si procede o no la reparación.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021) ha dicho que el término de prescripción de la acción debe contarse desde el momento en que se adquiere el estatus jurídico de pensionado, vale decir, desde el momento en que el daño es perceptible en toda su magnitud, lo que ocurre cuando se entra en el disfrute pleno y satisfactorio de la pensión, momento en el cual el afiliado tiene el conocimiento exacto y cierto de que el IBL y el monto de la pensión no corresponde con el ofrecimiento realizado a la sazón de la afiliación y traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias que pudiera haber advertido el afiliado, que su mesada pensional iba a ser menor a la que le hubiere correspondido de haber continuado o retornado dentro de los parámetros legales al régimen de prima media con prestación definida.

En el contexto anterior, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que "*la finalización de la circunstancia fáctica generante del daño, marca*

*a la vez el momento a partir del cual la víctima está habilitada para accionar judicialmente su reparación” (SC016-2018)*, luego de precisar aspectos medulares del daño, pues dependiendo de su caracterización empezará a correr el término de prescripción, a saber: el instantáneo, el diferido y el continuado, según sea su inmediatez con la circunstancia que lo determina, o se produzca tiempo después de que se realiza o cesa la conducta dañosa (el factor que lo identifica es la tardanza en aparecer), o se materializa a través del tiempo, es decir, no se configura en un solo momento, sino que se exterioriza durante cierto lapso de tiempo (el criterio tipificante es la demora en su consolidación).

De los anteriores lineamientos expuestos por la jurisprudencia, debe decirse que en efecto, tal como lo adocrinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el daño producto de la falta al deber de información se exterioriza o concreta con la finalización de la circunstancia fáctica generante del daño una vez se adquiere la calidad de pensionado y se entra en el pleno disfrute pensional, es decir, que se puede estar ante un daño de carácter continuado, dado que los efectos o consecuencias de la omisión al deber de información solo vienen a materializarse a través del tiempo y advertirse al momento en que se adquiere la calidad de pensionado, momento en el cual se entra en ejercicio pleno del disfrute pensional, esto es, desde la perpetración del acto o hecho, fuente generatriz del daño, como lo tiene dicho la jurisprudencia civil (STC 8885-2016), y en consecuencia, es a partir de allí que se debe contar el término de prescripción para incoar la acción de reparación del daño o indemnizatoria de perjuicios.

En lo concerniente a la extinción de las acciones y derechos laborales y de la seguridad social por el trascurso del tiempo, establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que el término de prescripción de las acciones laborales es de tres años contados a partir de que la obligación se hace exigible, término que resulta aplicable al presente proceso, pues debe tenerse en cuenta, tal como se expresó de manera precedente, que la acción de reparación del daño o indemnización de perjuicios no es novedosa ni ajena al derecho laboral, *verbi gratia*, en materia laboral se tiene la acción para reclamar la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST por culpa patronal, la que se encuentra sujeta al término prescriptivo de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, aspectos que permiten a la Sala educir que el término de prescripción para reclamar la reparación del daño o indemnización de perjuicios por un pensionado del RAIS se deberá contar a partir de los 3 años desde el momento en que adquiere estatus de pensionado consolidado o materializado con el pleno disfrute pensional.

Del mismo modo, en sentencia SL9373-2017, respecto de la aplicación supletoria de la legislación civil frente al término de prescripción de las acciones del trabajo, la Alta Corporación aclara que *“resulta entonces improcedente la remisión a los preceptos civiles que plantea la censura, pues, recuérdese, la analogía en asuntos del trabajo se encuentra autorizada siempre que no exista una norma aplicable al caso”*, de donde se sigue que, no es necesario acudir al artículo 2.358 del Código Civil Colombiano para definir el término de prescripción de la acción de reparación del daño, aunque finalmente contemple el mismo término de 3 años, por no existir vacío normativo al existir norma especial y expresamente aplicable en materia de prescripción de las acciones laborales, no así respecto al momento en que empieza a correr el término de prescripción, puesto, se itera, por tratarse de la causación de un daño, debe contarse a partir de la perpetración del acto con el que se concreta.

En el sub examine, el actor el 17 de julio de 2017 solicitó la prestación económica de vejez ante PROTECCIÓN S.A. (fol. 249), y mediante certificación de folio 223 y 228, se establece que el actor se encuentra pensionado por vejez bajo la modalidad de retiro programado, en valor de \$2.501.932 sobre 13 mesadas anuales, **efectiva a partir del 18 de julio de 2017**, lo que determina que tenía **hasta el 18 de julio de 2020** para interrumpir la prescripción o acudir a la vía judicial a demandar la reparación del daño o la indemnización de perjuicios que aquí persigue, lo que en efecto aconteció con la incoación de la demanda (17 de septiembre de 2018) donde se pretende la reparación del daño o indemnización de perjuicios, es decir, dentro del término de 3 años de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que habrá de declararse no probada la excepción de prescripción propuesta por PROTECCIÓN S.A.

Igualmente, cumple precisar que no es posible considerar que nos encontramos frente a un derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, dado que no estamos frente a una reliquidación de la pensión de vejez, sino frente a la reparación patrimonial y extrapatrimonial de un daño y los perjuicios que se le han ocasionado, que al igual como sucede con la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, le es aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, o si se quiere, el de la caducidad de la acción, y si bien, en materia de reparación del daño puede tenerse como parámetro para la cuantificación de los perjuicios ocasionados, la mesada pensional que pudo haber sido otorgada en el RPM y su diferencia o mayor monto con respecto al otorgado en el RAIS, esa sola circunstancia no determina que la reparación del daño esté íntimamente ligada con el reconocimiento y pago mensual de una pensión de vejez de carácter imprescriptible ni que estemos frente a una reliquidación pensional.

Ahora, como quiera que sin asomo de duda el actor es beneficiario de la transición pensional, el perjuicio ocasionado como consecuencia de la falta al deber de información se traduce en la diferencia pensional que le correspondería entre la prestación que hubiere recibido en el régimen de prima media con la mesada pensional que actualmente recibe en el RAIS, sin que interese el hecho de que con posterioridad al traslado haya realizado cotizaciones sobre un IBC superior al que tenía antes de afiliarse al fondo privado, ya que el perjuicio en todo caso resulta de la privación al actor de haberse pensionado con el Acuerdo 049 de 1990, disposición que en cualquier evento es más favorable en materia pensional que lo dispuesto en el RAIS; además debe tenerse en cuenta que no se logra extraer confesión del dicho del demandante en interrogatorio de parte, pues solo relató aspectos generales de la asesoría brindada, sin que manifestara haber recibido advertencia respecto a la pérdida del régimen de transición si optaba por el traslado.

En este orden de ideas, para el cálculo de los perjuicios al demandante se debe tener en cuenta el IBL de los últimos diez años, que asciende a \$11.142.290,05, que al aplicarle una tasa del 90 %, genera como monto de la pensión para el 18 de julio de 2017 la suma de **\$10.028.061**, valor que resulta superior al determinado por el juez primigenio que lo estableció en **\$9.844.307**; sin embargo, se mantendrá este último monto al no ser objeto de disenso por la parte actora y en virtud del principio de la *non reformatio in peius* que impide agravar la condena a la parte recurrente, en este caso a PROTECCIÓN S.A.

En lo referente a que no se tuvo en cuenta el valor real de la mesada pensional que viene recibiendo en la modalidad de retiro programado, acota la Sala que ciertamente el a quo se equivocó al tener en cuenta como mesada pensional la suma de \$2.366.582,

cuando de la prueba documental, como la obrante a folio 228 se observa que el valor inicial de la pensión es de \$2.501.932, monto que coincide con el contenido en el hecho sexto de la demanda, razón por la cual, es con este último valor que se dispondrá el cálculo de la diferencia debida al actor a título de perjuicios.

En lo relativo a que la mesada pensional bajo la modalidad de retiro programado no se aumenta con el IPC del año inmediatamente anterior, y que por ello, los valores que se tienen en cuenta a partir del año 2018 en adelante no corresponden con la situación particular del actor, acota la Sala que le asiste razón al recurrente, dado que la variación anual del monto pensional en la modalidad de retiro programado no se efectúa con base en el IPC sino bajo otras variables contenidas en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL3942-2021 e igualmente en la SL1024-2022, en la que se tiene dicho:

*"Además de lo anterior, resulta oportuno tener en cuenta que para impartir una eventual condena en la temática sometida a consideración de la Sala, es imperativo realizar las operaciones actuariales de rigor que real y efectivamente den cuenta que era posible ordenar cancelar la suma causada por incrementos anuales, sin que sea suficiente tomar el valor de la mesada pensional devengada por la actora y aplicarle los incrementos del IPC, pues no se puede pasar por alto que esta modalidad de pensión del RAIS – retiro programado -como se explicó-, tiene unas características especiales que no pueden ser desconocidas en las instancias judiciales, so pretexto de disponer dicho incremento. Puesto en otros términos, a efectos de cuantificar los valores reales que eventualmente resultarían en favor de la actora como consecuencia del incremento ordenado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para cada año, en la modalidad de pensión escogida, no basta con tener el dato del quantum de la mesada pensional y los porcentajes del IPC certificados por el DANE, pues para lograr ello, se requiere conocer la suma acumulada de la cuenta de ahorro individual al momento del reconocimiento de la prestación de vejez, sus saldos año tras año y el valor de la prestación anual, desde dicha fecha hasta la actualidad; saber en qué momentos se identificó una eventual descapitalización de la cuenta de ahorro de la pensionada Martha Lucía Moncada Garrido, a qué obedeció esa situación y qué medidas tomó la AFP para contrarrestarla; conocer los saldos actuales de la cuenta de ahorro individual y su proyección a futuro con base en la expectativa de vida de la afiliada y sus beneficiarios, además, saber en detalle si ese valor permite o no a la fecha el otorgamiento de una renta vitalicia y a qué cuantía ascendería".*

A pesar de lo anterior, al revisar el expediente, solo se cuenta con el valor de la mesada pensional en el RAIS para el año 2017 por valor de \$2.501.932 (Fol. 228) y la del año 2019 por valor de \$2.541.712 (Fol. 223); sin embargo, al realizar el ejercicio efectuado del juez de primer grado, esto es, actualizar la pensión con base en el IPC se encuentra que para el año 2019 por ejemplo, la mesada pensional asciende a un valor de \$2.687.077, suma superior a la que se encuentra certificada por PROTECCIÓN S.A. por valor de \$2.541.712 (Fol. 223), y en ese sentido, a pesar de que desde el punto de vista normativo le asiste razón al recurrente, en la práctica se vería perjudicada con el valor de la condena, suma superior que se generaría al estar calculada con las diferencias entre lo percibido y lo que debió percibir; en otras palabras, al tomarse una mesada pensional inferior se aumentaría el valor de la diferencia que por concepto de perjuicios debe cubrir la AFP, aspecto que además no fue objeto de reparo por la parte demandante, de lo que se infiere que está totalmente de acuerdo en la manera como se calculó el perjuicio, por lo que proceder de manera contraria, vulneraría el principio de la *non reformatio in peius* ya que se otorgaría un mayor valor al determinado en la primera instancia.

Así entonces, para calcular el **perjuicio traducido en la diferencia pensional de la prestación en uno y otro régimen**, se actualizará el valor anual de las mesadas pensionales con el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior, acorde a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en el evento en que la prestación reconocida bajo la modalidad de retiro programado por parte de PROTECCION S.A. supere la que se establece como referencia en el cálculo realizado por esta Sala, podrá descontar el mayor establecido en esta sentencia. A partir del 1 de noviembre de 2022, la diferencia entre la pensión de retiro programado y el valor de la mesada pensional aquí calculada, se debe hacer con el valor real de lo que viene percibiendo como mesada en la modalidad de retiro programado, hasta cuando empiece a otorgar la prestación en el valor real que le corresponde, como se verá a continuación.

Ello es así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, por lo que una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto de diferencias pensionales objeto de condena, correspondiente a las mesadas causadas entre el 18 de julio de 2017 al 31 de octubre de 2022, se obtiene la suma de **\$551.483.756**. A partir del 01 de noviembre de 2022 PROTECCIÓN S.A. deberá cancelar una mesada pensional de \$11.777.948, la cual se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011 y superar los 3 SMLMV. Desde ya se advierte que las sumas de dinero a que es condenada la pasiva no se extraerán de los recursos de la cuenta de ahorro individual del accionante, sino que en tratándose de valores que resarcen perjuicios causados por la AFP PROTECCIÓN S.A. deben ser asumidos por dicha administradora de sus propios recursos.

REAJUSTE PENSIONAL						
Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Total retroactivo
2017	4,09%	\$ 2.501.932	\$ 9.844.307	\$ 7.342.375	6,4333333333	\$ 47.235.946
2018	3,18%	\$ 2.604.261	\$ 10.246.939	\$ 7.642.678	13	\$ 99.354.816
2019	3,80%	\$ 2.687.077	\$ 10.572.792	\$ 7.885.715	13	\$ 102.514.299
2020	1,61%	\$ 2.789.185	\$ 10.974.558	\$ 8.185.372	13	\$ 106.409.842
2021	5,62%	\$ 2.834.091	\$ 11.151.248	\$ 8.317.157	13	\$ 108.123.041
2022		\$ 2.993.367	\$ 11.777.948	\$ 8.784.581	10	\$ 87.845.812
<b>TOTAL</b>						<b>\$ 551.483.756</b>

Se autoriza igualmente a PROTECCIÓN S.A. para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

Reitera nuevamente la Sala que no se está ordenando el reconocimiento pensional en la modalidad de retiro programado con base en el cálculo de una pensión bajo los parámetros del régimen de prima media con prestación definida, así como tampoco nada tiene que ver el tema de la descapitalización a que alude el apoderado de PROTECCIÓN, ya que lo aquí ordenado es la **indemnización de un perjuicio** irrogado al actor por falta al deber de información por parte de la AFP del RAIS, el cual en la práctica se **traduce en el monto de la mesada pensional** que debía haber

recibido el actor de haber continuado afiliado el régimen de prima media con prestación definida (SL3135-2021), cuyo valor y monto pensional condenado a título de perjuicios no se financia con lo que tenga el actor en su cuenta de ahorro individual sino que debe asumirlo la AFP de sus propios recursos, y por ende, las reglas de descapitalización para calcular anualmente el monto de la pensión en la modalidad de retiro programado nada tienen que ver con la condena impuesta. Asimismo, la manera en como cumpla la orden la AFP de aquí en adelante no está condicionada al valor total que tenga el actor en la cuenta de ahorro individual, pues se itera, la AFP debe garantizar al actor una mesada pensional para noviembre de 2022 en valor de \$11.777.948, independientemente de que se agoten los recursos de la cuenta de ahorro individual, ya que la condena es a título de perjuicios que debe asumir de su propio peculio.

### **Intereses moratorios**

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*, y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: *"están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

Descendiendo al caso objeto de estudio, no se accederá a tal pretensión, dado que lo aquí ordenado es el reconocimiento y pago de un perjuicio y no el reconocimiento pensional, y si bien, se toma como referencia para el cálculo del perjuicio el valor de la mesada pensional que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida, lo cierto es que, en estricto rigor no estamos ante una reliquidación pensional o reajuste pensional, y por ello, se mantendrá incólume la decisión de instancia al respecto.

### **Indexación**

Peticiona la parte actora que se ordene la indexación de la condena, pretensión que resulta procedente, toda vez que al momento del pago de la condena ésta sufrirá los efectos del hecho notorio de la devaluación de la moneda, corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y desde la fecha en que se generó, esto es, desde la causación de cada diferencia pensional hasta el momento efectivo del pago de la obligación, precisando que la actualización de la mesada pensional de manera anual corresponde en estricto sentido al cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, siendo diferente tal actualización con la indexación, dado que el valor de la mesada pensional puede estar actualizada para cualquier año, pero si su pago efectivo acontece con posterioridad, la misma se ha devaluado por el paso del tiempo, o dicho en otras palabras, el valor de la diferencia pensional para el año 2017 es de \$7.342.375, y a pesar de que para ese año la mesada pensional está actualizada, lo cierto es que es un valor que aún no se ha pagado al actor, y cuando se haga, esto es, luego de un aproximado de cinco años, estará devaluado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

## **COSTAS**

Sin costas en esta instancia por cuanto se propuso apelación por ambas partes, prosperándole al actor solo de manera parcial en lo referente a la indexación, y en cuanto a PROTECCIÓN S.A., si bien no le prosperó su recurso, razón jurídica le asistía frente a la actualización de la mesada pensional en la modalidad de retiro programado. Las de primera se confirman.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, 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 TERCERO** de la sentencia proferida el 07 de abril de 2021 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

**"TERCERO: CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a reconocer y pagar al demandante señor MEDINA CARREÑO, a título de indemnización de perjuicios causados del 18 de julio de 2017 al 31 de octubre de 2022, el pago de la suma de \$551.483.756, y a partir del 01 de noviembre de 2022, deberá pagar al demandante una mesada de \$11'777.947, y en adelante con los reajustes legales y la mesada adicional que se cause, advirtiéndose a Protección S.A., que no podrá disminuir el monto de la prestación pensional argumentando la disminución del capital necesario para mantener el pago de la pensión.

**Parágrafo: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de la indexación o corrección monetaria, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la causación de cada diferencia pensional hasta el momento efectivo del pago de la obligación".

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia objeto de apelación.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado  
(Salva voto)

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**CALCULO IBL TODA LA VIDA LABORAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL**

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	<b>3600</b>
F. FINAL	31-dic-22		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2016	93,11	1966	0,09
1-dic-05	31-dic-05	\$ 4.610.000	3	\$ 7.667.278	\$ 6.389	2016	93,11	2004	55,98
1-ene-06	31-ene-06	\$ 4.307.000	30	\$ 6.831.651	\$ 56.930	2016	93,11	2005	58,70
1-feb-06	28-feb-06	\$ 5.200.000	30	\$ 8.248.104	\$ 68.734	2016	93,11	2005	58,70
1-mar-06	31-mar-06	\$ 5.200.000	30	\$ 8.248.104	\$ 68.734	2016	93,11	2005	58,70
1-abr-06	30-abr-06	\$ 5.200.000	30	\$ 8.248.104	\$ 68.734	2016	93,11	2005	58,70
1-may-06	31-may-06	\$ 6.934.000	28	\$ 10.998.530	\$ 85.544	2016	93,11	2005	58,70
1-jun-06	30-jun-06	\$ 7.107.000	30	\$ 11.272.938	\$ 93.941	2016	93,11	2005	58,70
1-jul-06	31-jul-06	\$ 5.900.000	30	\$ 9.358.426	\$ 77.987	2016	93,11	2005	58,70
1-ago-06	31-ago-06	\$ 5.900.000	30	\$ 9.358.426	\$ 77.987	2016	93,11	2005	58,70
1-sep-06	30-sep-06	\$ 5.900.000	30	\$ 9.358.426	\$ 77.987	2016	93,11	2005	58,70
1-oct-06	31-oct-06	\$ 5.900.000	30	\$ 9.358.426	\$ 77.987	2016	93,11	2005	58,70
1-nov-06	30-nov-06	\$ 5.900.000	30	\$ 9.358.426	\$ 77.987	2016	93,11	2005	58,70
1-dic-06	31-dic-06	\$ 5.900.000	30	\$ 9.358.426	\$ 77.987	2016	93,11	2005	58,70
1-ene-07	31-ene-07	\$ 7.000.000	30	\$ 10.627.333	\$ 88.561	2016	93,11	2006	61,33
1-feb-07	28-feb-07	\$ 7.000.000	30	\$ 10.627.333	\$ 88.561	2016	93,11	2006	61,33
1-mar-07	31-mar-07	\$ 9.193.000	30	\$ 13.956.724	\$ 116.306	2016	93,11	2006	61,33

1-abr-07	30-abr-07	\$ 6.720.000	30	\$ 10.202.239	\$ 85.019	2016	93,11	2006	61,33
1-may-07	31-may-07	\$ 10.080.000	30	\$ 15.303.359	\$ 127.528	2016	93,11	2006	61,33
1-jun-07	30-jun-07	\$ 6.720.000	30	\$ 10.202.239	\$ 85.019	2016	93,11	2006	61,33
1-jul-07	31-jul-07	\$ 6.720.000	30	\$ 10.202.239	\$ 85.019	2016	93,11	2006	61,33
1-ago-07	31-ago-07	\$ 7.315.000	30	\$ 11.105.563	\$ 92.546	2016	93,11	2006	61,33
1-sep-07	30-sep-07	\$ 7.315.000	30	\$ 11.105.563	\$ 92.546	2016	93,11	2006	61,33
1-oct-07	31-oct-07	\$ 7.315.000	30	\$ 11.105.563	\$ 92.546	2016	93,11	2006	61,33
1-nov-07	30-nov-07	\$ 7.315.000	30	\$ 11.105.563	\$ 92.546	2016	93,11	2006	61,33
1-dic-07	31-dic-07	\$ 7.315.000	30	\$ 11.105.563	\$ 92.546	2016	93,11	2006	61,33
1-ene-08	31-ene-08	\$ 7.315.000	30	\$ 10.507.275	\$ 87.561	2016	93,11	2007	64,82
1-feb-08	29-feb-08	\$ 8.400.000	30	\$ 12.065.771	\$ 100.548	2016	93,11	2007	64,82
1-mar-08	31-mar-08	\$ 8.400.000	30	\$ 12.065.771	\$ 100.548	2016	93,11	2007	64,82
1-abr-08	30-abr-08	\$ 8.400.000	30	\$ 12.065.771	\$ 100.548	2016	93,11	2007	64,82
1-may-08	31-may-08	\$ 11.200.000	30	\$ 16.087.694	\$ 134.064	2016	93,11	2007	64,82
1-jun-08	30-jun-08	\$ 8.400.000	30	\$ 12.065.771	\$ 100.548	2016	93,11	2007	64,82
1-jul-08	31-jul-08	\$ 11.200.000	30	\$ 16.087.694	\$ 134.064	2016	93,11	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	\$ 8.400.000	30	\$ 12.065.771	\$ 100.548	2016	93,11	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	\$ 10.360.000	30	\$ 14.881.117	\$ 124.009	2016	93,11	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	\$ 8.400.000	30	\$ 12.065.771	\$ 100.548	2016	93,11	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	\$ 8.400.000	30	\$ 12.065.771	\$ 100.548	2016	93,11	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	\$ 8.400.000	30	\$ 12.065.771	\$ 100.548	2016	93,11	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80

1-feb-09	28-feb-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	\$ 11.200.000	30	\$ 14.941.005	\$ 124.508	2016	93,11	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	\$ 8.400.000	30	\$ 11.205.754	\$ 93.381	2016	93,11	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	\$ 8.400.000	30	\$ 10.985.838	\$ 91.549	2016	93,11	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	\$ 4.200.000	15	\$ 5.492.919	\$ 22.887	2016	93,11	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	\$ 8.400.000	30	\$ 10.985.838	\$ 91.549	2016	93,11	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20

1-dic-10	31-dic-10	\$ 8.890.000	30	\$ 11.626.679	\$ 96.889	2016	93,11	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	\$ 8.890.000	30	\$ 11.269.304	\$ 93.911	2016	93,11	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	\$ 8.890.000	30	\$ 11.269.304	\$ 93.911	2016	93,11	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	\$ 8.890.000	30	\$ 11.269.304	\$ 93.911	2016	93,11	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	\$ 8.890.000	30	\$ 11.269.304	\$ 93.911	2016	93,11	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	\$ 8.890.000	30	\$ 11.269.304	\$ 93.911	2016	93,11	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	\$ 8.890.000	30	\$ 11.269.304	\$ 93.911	2016	93,11	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	\$ 8.890.000	30	\$ 11.269.304	\$ 93.911	2016	93,11	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	\$ 9.604.000	30	\$ 12.174.398	\$ 101.453	2016	93,11	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	\$ 9.247.000	30	\$ 11.721.851	\$ 97.682	2016	93,11	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	\$ 9.247.000	30	\$ 11.721.851	\$ 97.682	2016	93,11	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	\$ 9.247.000	30	\$ 11.721.851	\$ 97.682	2016	93,11	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	\$ 9.247.000	30	\$ 11.721.851	\$ 97.682	2016	93,11	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	\$ 9.783.000	30	\$ 11.955.671	\$ 99.631	2016	93,11	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	\$ 9.783.000	30	\$ 11.955.671	\$ 99.631	2016	93,11	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	\$ 9.783.000	30	\$ 11.955.671	\$ 99.631	2016	93,11	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	\$ 9.783.000	30	\$ 11.955.671	\$ 99.631	2016	93,11	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	\$ 944.000	2	\$ 1.153.650	\$ 641	2016	93,11	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12					2016	93,11	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12					2016	93,11	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12					2016	93,11	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12					2016	93,11	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12					2016	93,11	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	\$ 2.240.000	8	\$ 2.737.474	\$ 6.083	2016	93,11	2011	76,19

1-dic-12	31-dic-12	\$ 8.400.000	30	\$ 10.265.526	\$ 85.546	2016	93,11	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	\$ 9.800.000	30	\$ 11.691.713	\$ 97.431	2016	93,11	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	\$ 8.904.000	30	\$ 10.622.757	\$ 88.523	2016	93,11	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	\$ 8.652.000	30	\$ 10.322.113	\$ 86.018	2016	93,11	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	\$ 8.652.000	30	\$ 10.322.113	\$ 86.018	2016	93,11	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	\$ 10.671.000	30	\$ 12.730.844	\$ 106.090	2016	93,11	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	\$ 8.652.000	30	\$ 10.322.113	\$ 86.018	2016	93,11	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	\$ 8.652.000	30	\$ 10.322.113	\$ 86.018	2016	93,11	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	\$ 14.246.000	29	\$ 16.995.933	\$ 136.912	2016	93,11	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	\$ 793.000	4	\$ 946.074	\$ 1.051	2016	93,11	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	\$ 5.950.000	30	\$ 7.098.540	\$ 59.155	2016	93,11	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	\$ 8.652.000	30	\$ 10.322.113	\$ 86.018	2016	93,11	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	\$ 8.652.000	30	\$ 10.322.113	\$ 86.018	2016	93,11	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	\$ 8.652.000	30	\$ 10.125.892	\$ 84.382	2016	93,11	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	\$ 8.652.000	30	\$ 10.125.892	\$ 84.382	2016	93,11	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	\$ 8.652.000	30	\$ 10.125.892	\$ 84.382	2016	93,11	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	\$ 8.652.000	30	\$ 10.125.892	\$ 84.382	2016	93,11	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	\$ 8.652.000	30	\$ 10.125.892	\$ 84.382	2016	93,11	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	\$ 3.080.000	6	\$ 3.604.686	\$ 6.008	2016	93,11	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	\$ 865.000	3	\$ 1.012.355	\$ 844	2016	93,11	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	\$ 8.652.000	30	\$ 10.125.892	\$ 84.382	2016	93,11	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	\$ 10.973.000	28	\$ 12.842.280	\$ 99.884	2016	93,11	2013	79,56

1-oct-14	31-oct-14	\$ 11.872.000	30	\$ 13.894.427	\$ 115.787	2016	93,11	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	\$ 11.872.000	30	\$ 13.894.427	\$ 115.787	2016	93,11	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	\$ 11.872.000	30	\$ 13.894.427	\$ 115.787	2016	93,11	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	\$ 11.872.000	30	\$ 13.404.146	\$ 111.701	2016	93,11	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	\$ 10.710.000	30	\$ 12.092.184	\$ 100.768	2016	93,11	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	\$ 8.434.000	30	\$ 9.522.454	\$ 79.354	2016	93,11	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	\$ 8.162.000	30	\$ 9.215.351	\$ 76.795	2016	93,11	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	\$ 8.162.000	30	\$ 9.215.351	\$ 76.795	2016	93,11	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	\$ 8.162.000	30	\$ 9.215.351	\$ 76.795	2016	93,11	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	\$ 9.037.000	27	\$ 10.203.274	\$ 76.525	2016	93,11	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	\$ 9.800.000	30	\$ 11.064.744	\$ 92.206	2016	93,11	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	\$ 13.067.000	30	\$ 14.753.368	\$ 122.945	2016	93,11	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	\$ 9.800.000	30	\$ 11.064.744	\$ 92.206	2016	93,11	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	\$ 9.800.000	30	\$ 11.064.744	\$ 92.206	2016	93,11	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	\$ 536.958	1	\$ 606.255	\$ 168	2016	93,11	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16					2016	93,11	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16					2016	93,11	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16					2016	93,11	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16					2016	93,11	2015	88,05
1-may-16	31-may-16					2016	93,11	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16					2016	93,11	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	\$ 7.187.000	22	\$ 7.600.066	\$ 46.445	2016	93,11	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	\$ 9.800.000	30	\$ 10.363.246	\$ 86.360	2016	93,11	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	\$ 12.225.000	29	\$ 12.927.621	\$ 104.139	2016	93,11	2015	88,05

1-oct-16	31-oct-16	\$ 8.143.000	29	\$ 8.611.012	\$ 69.366	2016	93,11	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	\$ 10.360.000	30	\$ 10.955.432	\$ 91.295	2016	93,11	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	\$ 17.236.000	30	\$ 18.226.623	\$ 151.889	2016	93,11	2015	88,05
1-ene-17	31-ene-17	\$ 1.343.000	6	\$ 1.343.000	\$ 2.238	2016	93,11	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	\$ 8.140.000	30	\$ 8.140.000	\$ 67.833	2016	93,11	2016	93,11
1-mar-17	31-mar-17	\$ 10.850.000	30	\$ 10.850.000	\$ 90.417	2016	93,11	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	\$ 10.850.000	30	\$ 10.850.000	\$ 90.417	2016	93,11	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	\$ 9.306.957	30	\$ 9.306.957	\$ 77.558	2016	93,11	2016	93,11
1-jun-17	30-jun-17	\$ 10.850.000	30	\$ 10.850.000	\$ 90.417	2016	93,11	2016	93,11

TOTAL DIAS	3600
TOTAL SEMANAS	514,29

Ingreso Base de Liquidacion -IBL-	\$ 11.142.290,05
Semanas Cotizadas	514,29
Tasa de reemplazo	90%
<b>Valor pensión</b>	<b>\$ 10.028.061</b>



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** GILBERTO ANTONIO HERNÁNDEZ ALONSO  
**Demandado:** COOSERVITEC CTA  
**Radicado No.:** 25-2017-00215-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - REVOCA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Gilberto Antonio Hernández Alonso instauró demanda ordinaria contra Cooservitec CTA, con el propósito de que se declare que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de mayo de 2006 al 5 de diciembre de 2016 y como consecuencia de ello, se condene a la encartada al pago de prima de servicios, vacaciones, cesantía y sus intereses, indemnización moratoria y los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió contrato de trabajo asociado con la Cooperativa, sin interrupción alguna desde el 1 de mayo de 2006, para desempeñar el cargo de vigilante, devengando como último salario la suma de \$1.330.000. Refirió que la relación contractual terminó cuando decidió renunciar a su trabajo el 5 de diciembre de 2016, dado a que presentó inconformidad ante los incumplimientos de la cooperativa y desconocimiento de estatutos, beneficios y manejos de la misma. Indicó que la accionada no canceló las prestaciones sociales, con base en el salario devengado durante el tiempo que duró la relación laboral. (Expediente digital, PDF 01Demanda, págs. 2 a 11).

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que el demandante hizo solicitud de afiliación a la cooperativa de trabajo asociado, siendo admitido mediante acta 005 de agosto 25 de 2017 (SIC) del Consejo de Administración. Refirió que realizó curso de capacitación cooperativa, adquiriendo su condición de gestor y dueño de la cooperativa, además, sostuvo que nunca fue subordinado o trabajador dependiente, quien no devengó salario alguno, pues la retribución por su aporte en trabajo se denomina compensación, misma que es proporcional al trabajo proporcionado.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º, 2º, 6º, 7º y 10º, parcialmente el 4º y los restantes manifestó no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó falta de jurisdicción, prescripción, ausencia de requisitos contractuales, cobro de lo no debido, inexistencia de obligación, inexistencia de

causa, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica. (Expediente digital, PDF 09ContestacionDemanda, págs. 1 a 7).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 28 de abril del 2022, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el actor.

Para arribar a tal determinación, citó los artículos 167 del C.G.P. y 23 del C.S.T. y Decreto 4588 de 2006, para precisar que el eje medular del pleito lo constituye la calidad ostentada por el demandante y su forma de vinculación directa con la Cooperativa de Trabajo Asociado. Refirió que conforme al acervo probatorio arrojado por las partes encontró acreditada la relación del actor con la encartada como asociado de esta, pues así lo informa el contrato de trabajo asociado, compensación como retribución a su trabajo, carta de retiro voluntario al cargo que venía desempeñando a partir del 5 de diciembre de 2016 y la autorización de las vacaciones, además, por el único testimonio escuchado en el proceso.

Expuso que, dada la calidad de socio del actor, su vinculación está reglamentada por la Ley 79 de 1988, específicamente en su artículo 59, por tanto, no se le aplica el régimen previsto por el Código Sustantivo del Trabajo, sino, por los estatutos de la entidad cooperativa, de manera que como el actor no aportó elemento probatorio tendiente a desvirtuar tal calidad, ni tampoco allegó medio de convicción que acredite la existencia de una verdadera relación laboral, no le quedaba otra salida sino la de absolver a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 05Audiencia2deMayo2022Ord201900350).

**4. Alegatos de conclusión.** Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Grado jurisdiccional de consulta.** Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

**2. Problemas jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La demandada Cooservitec CTA fungió como empleadora del actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar (ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos peticionados en el escrito genitor?

**3. Relación laboral.** Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta

ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

*"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 1 de mayo de 2006 al 5 de diciembre de 2016. Afirmación frente a la cual la demandada aduce que en efecto se presentó la prestación del servicio a favor de la Cooperativa de Trabajo Asociado "COOSERVITEC CTA" en el lapso allí indicado, pero que no lo fue a través de una relación laboral sino con ocasión a un acuerdo cooperativo de trabajo asociado.

Así mismo, en el expediente digital obra contrato de trabajo asociado celebrado el 1 de mayo de 2006 por las partes y carta suscrita por el actor adiada 5 de diciembre de 2016, donde aquel manifiesta que decide retirarse voluntariamente del cargo que venía desempeñando como vigilante, probanzas que llevan indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, por tanto, a dar aplicación a la presunción legal establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, al presumir el elemento subordinación característica propia de los contratos de trabajo, se traslada a la demandada la carga de desvirtuar que tal relación no obedeció a un vínculo laboral, sino a uno propio de las relaciones cooperativas, tal como se argumenta en el escrito de respuesta a la demanda.

Del examen de la prueba documental, se puede extraer que Gilberto Antonio Hernández Alonso formalmente tuvo la condición de asociado respecto de la Cooperativa demandada. Así, se probó del contrato de trabajo asociado celebrado el 1 de mayo de 2006 (Expediente digital, PDF 09ContestaciónDemanda, págs. 93 y 94), también del acta del Consejo de Administración de 25 de agosto de 2006 donde se aprobó la solicitud de ingreso que la demandante elevó ante la Cooperativa, además, una serie de desprendibles de pago que determinan que al

actor se le concedían vacaciones, se le cancelaron prima asociados, compensación semestral y mensuales. (Expediente digital, PDF 09ContestaciónDemanda, pág. 103 a 134).

Sin embargo, analizadas las pruebas enunciadas junto a la presunción establecida en precedencia, se concluye que éstas son insuficientes para desvirtuar el contrato de trabajo que se ha presumido, pues, aunque permiten deducir una incorporación del demandante como asociado de la cooperativa, aquello no permite colegir que las actividades cumplidas por el actor no lo hubieran sido dentro de un escenario propio de subordinación jurídica laboral.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436 de 2021, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

*"una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.*

*(...)*

*a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.*

*(...)*

*la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub iudice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones".*

De otra parte, en la sentencia SL1089 de 2018, en un caso de similares contornos al *sub iudice*, en la que la discusión no se centró en la intermediación laboral, sino en la declaratoria del contrato de trabajo con la Cooperativa de trabajo asociado, quedó dicho:

*"Al margen de lo anterior y con independencia de los resultados particulares del presente caso, conviene recordar lo dicho por la Sala en la sentencia CSJ SL, 6 dic. 2006, rad. 25713, reiterada en la CSJ SL, 26 en. 2010, rad.32623, en un asunto en el que igualmente se pretendía la declaratoria de una relación laboral con la cooperativa, **y se adoctrinó que en estos eventos deba acreditarse plenamente una subordinación estrictamente laboral**, que no es dable delegarla en las empresas usuarias".*

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la

Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un “*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*”

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompañan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

*(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que la Cooperativa de Trabajo Asociado demanda no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues no arrió ninguna prueba llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual le permita enervarla. La pasiva se conformó con la prueba documental, la cual, muy al contrario de las aseveraciones del A quo, solo demuestra la vinculación formal del demandante a la cooperativa, más no la realidad en que se desarrolló la misma.

De hecho, es notorio el desacierto cuando echó de menos el testimonio del señor Misael García Cetina, pues aquel no desvirtuó, menos con la contundencia requerida, que el promotor del proceso ejerciera su actividad personal a favor de la demandada de manera autogestionaria o con autonomía, autodeterminación, autogobierno e independencia. Por el contrario, aunque no se predica de su declaración que durante todo el tiempo en que el actor estuvo vinculado al servicio de la cooperativa de trabajo haya tenido conocimiento directo de la forma en que prestó sus servicios, no obstante, del lapso que si le constó como compañero de trabajo, narró que aquel cumplía un horario diurno y nocturno de doce horas y que para retirarse del lugar de su trabajo debía pedir autorización a la Cooperativa a través de su gerente o supervisor y de quienes recibía instrucciones para desempeñar sus labores.

En este punto, resulta oportuno precisar que el apoderado de la demandada oportunamente formuló tacha de sospecha contra la citada testigo de la parte actora, por considerar que sus afirmaciones pueden ser parcializadas.

Al respecto, el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Para ello, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, por ejemplo, por razones de parentesco, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Precisión necesaria para denotar que la deponente no tiene interés inclinado a beneficiar la causa del actor, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir de que el testigo fue claro al señalar la prestación subordinada que ejerció el demandante a favor de la demandada, el cumplimiento de un horario y el seguimiento de las instrucciones que recibía de aquella, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaba imposibilitado para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fue compañero de trabajo, al desempeñarse también como guarda de seguridad, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de la prestación del servicio.

De lo expuesto fluye inequívoca la prestación personal del servicio subordinado a favor de la Cooperativa de Trabajo Asociado, desdibujándose en un todo los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de una relación cooperativa, por lo que al contrario de lo deducido por el juez de primer grado, el hecho de que el actor haya ingresado a la Cooperativa mediante la suscripción del contrato de trabajo asociado, no acarrea que la prestación del servicio se haya desarrollado de manera autónoma o que en la ejecución el accionante haya podido "*acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo*", ya que de la prueba testimonial atrás referida se desprende que cumplía un horario de trabajo, recibía directrices de la cooperativa para el desarrollo de la labor, además, tenía que pedir autorización para ausentarse de su lugar de trabajo, notas características de una relación subordinada de empleador – trabajador que escapan de la órbita de una relación cooperativa.

Así mismo, el hecho de que el actor formalmente haya tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad haya firmado un formato sometiendo a lo dispuesto en los estatutos de la cooperativa, no significa que deba tenerse como cooperado y se descarte la existencia de la relación laboral, pues precisamente allí es donde toma mayor relevancia el principio de la realidad sobre las formalidades, ya que como se deja entrever en el *sub lite*, el desarrollo de la fuerza laboral desplegada por el actor fue de carácter subordinada como cualquier vínculo laboral empleador- trabajador, lo que desdice que haya prestado sus servicios en calidad de asociado o cooperado de Cooservitec CTA, aunado a que de ninguna probanza logra acreditarse por parte de la demandada, de que el actor en calidad de asociado hubiere participado en la toma de decisiones respecto de los excedentes que genere la cooperativa u otros aspectos propios del trabajo autogestionario, sin que la admisión y participación a las reuniones ordinarias y extraordinarias del consejo de administración constituya probanza sólida para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo cooperado carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con autogestión y autonomía, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto vínculo cooperativo, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en el lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad estaba subordinada a Cooservitec CTA.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró el Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes fue como asociado de Cooservitec CTA y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia consultada.

**3.1. Extremos temporales de la relación.** Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 1 de mayo de 2006 al 5 de diciembre de 2016. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que, según se evidencia de la documental, no mediaron interrupciones superiores a 30 días, existiendo un vínculo lineal entre las partes desde el 1 de mayo de 2006 (CSJ Sala Laboral Rad 36897/10, Rad. 47590/16 y SL981/19).

El extremo final tampoco presenta complejidad, pues es la misma parte pasiva quien acepta los extremos temporales y anexa la carta de retiro voluntario suscrita por el actor el 5 de diciembre de 2016, por tal razón, en lo que concierne a la fecha de terminación del vínculo laboral lo será dicha data.

**3.2. Salario.** En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios, se observa que al plenario se allegaron por la parte demandante extracto de cuenta por compensaciones, documentales que dan cuenta que durante los períodos allí señalados el señor Gilberto Antonio Hernández Alonso percibió las siguientes sumas de dinero:

COMPROBANTES DE PAGO	
MES	TOTAL SALARIO
sep-12	\$ 1.270.000
abr-13	\$ 1.316.000
nov-13	\$ 1.155.000
ene-14	\$ 1.198.000
feb-15	\$ 1.243.000
may-15	\$ 1.243.000
jun-15	\$ 1.243.000
feb-16	\$ 1.330.000
abr-16	\$ 1.330.000
sep-16	\$ 1.330.000

Adicionalmente, el representante legal de la encartada confesó que el aquí actor durante el último periodo que estuvo vinculado con la Cooperativa, devengó la suma de \$1.330.000.

Sin embargo, para los períodos anteriores, no obra prueba en el informativo del salario devengado por éste, siendo de su incumbencia probarlo, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en los citados medios probatorios, mismos que no fueron objeto de tacha de falsedad, tampoco desconocidos por la accionada, y para los periodos restantes, como quiera que ninguna probanza adicional se aportó con la que se verifique el monto salarial, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

Promedio Salarial - 1 de mayo de 2006 al 5 de diciembre de 2016			
MES/AÑO	COMPROBANTE DE NÓMINA	SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE	TOTAL SALARIO
2006		\$ 408.000	\$ 408.000
2007		\$ 433.700	\$ 433.700
2008		\$ 461.500	\$ 461.500
2009		\$ 496.900	\$ 496.900

2010		\$ 515.000	\$ 515.000
2011		\$ 535.600	\$ 535.600
<b>Promedio Salarial - 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2011</b>			
ene-12		\$ 566.700	\$ 566.700
feb-12		\$ 566.700	\$ 566.700
mar-12		\$ 566.700	\$ 566.700
abr-12		\$ 566.700	\$ 566.700
may-12		\$ 566.700	\$ 566.700
jun-12		\$ 566.700	\$ 566.700
jul-12		\$ 566.700	\$ 566.700
ago-12		\$ 566.700	\$ 566.700
sep-12	\$ 1.270.000		\$ 1.270.000
oct-12		\$ 566.700	\$ 566.700
nov-12		\$ 566.700	\$ 566.700
dic-12		\$ 566.700	\$ 566.700
<b>Promedio año 2012</b>			<b>\$ 625.308</b>
ene-13		\$ 589.500	\$ 589.500
feb-13		\$ 589.500	\$ 589.500
mar-13		\$ 589.500	\$ 589.500
abr-13	\$ 1.316.000		\$ 1.316.000
may-13		\$ 589.500	\$ 589.500
jun-13		\$ 589.500	\$ 589.500
jul-13		\$ 589.500	\$ 589.500
ago-13		\$ 589.500	\$ 589.500
sep-13		\$ 589.500	\$ 589.500
oct-13		\$ 589.500	\$ 589.500
nov-13	\$ 1.155.000		\$ 1.155.000
dic-13		\$ 589.500	\$ 589.500
<b>Promedio año 2013</b>			<b>\$ 697.167</b>
ene-14	\$ 1.198.000		\$ 1.198.000
feb-14		\$ 616.000	\$ 616.000
mar-14		\$ 616.000	\$ 616.000
abr-14		\$ 616.000	\$ 616.000
may-14		\$ 616.000	\$ 616.000
jun-14		\$ 616.000	\$ 616.000
jul-14		\$ 616.000	\$ 616.000
ago-14		\$ 616.000	\$ 616.000
sep-14		\$ 616.000	\$ 616.000
oct-14		\$ 616.000	\$ 616.000
nov-14		\$ 616.000	\$ 616.000
dic-14		\$ 616.000	\$ 616.000
<b>Promedio año 2014</b>			<b>\$ 664.500</b>
ene-15		\$ 644.350	\$ 644.350
feb-15	\$ 1.243.000		\$ 1.243.000
mar-15		\$ 644.350	\$ 644.350
abr-15		\$ 644.350	\$ 644.350
may-15	\$ 1.243.000		\$ 1.243.000
jun-15	\$ 1.243.000		\$ 1.243.000
jul-15		\$ 644.350	\$ 644.350
ago-15		\$ 644.350	\$ 644.350
sep-15		\$ 644.350	\$ 644.350
oct-15		\$ 644.350	\$ 644.350
nov-15		\$ 644.350	\$ 644.350
dic-15		\$ 644.350	\$ 644.350
<b>Promedio año 2015</b>			<b>\$ 794.013</b>
ene-16		\$ 689.455	\$ 689.455
feb-16	\$ 1.330.000		\$ 1.330.000
mar-16		\$ 689.455	\$ 689.455
abr-16	\$ 1.330.000		\$ 1.330.000
may-16		\$ 689.455	\$ 689.455
jun-16		\$ 689.455	\$ 689.455
jul-16		\$ 689.455	\$ 689.455
ago-16		\$ 689.455	\$ 689.455
sep-16	\$ 1.330.000		\$ 1.330.000
oct-16		\$ 689.455	\$ 689.455
nov-16		\$ 689.455	\$ 689.455
dic-16	\$ 1.330.000		\$ 1.330.000
<b>Promedio año 2016</b>			<b>\$ 902.970</b>

**4. Excepción de prescripción.** Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada a Gilberto Antonio Hernández Alonso, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Bajo tal contexto, es claro que el demandante reclamó a la demandada las acreencias laborales que pretende el **6 de febrero de 2017**, aspecto que no fue materia de discusión por las partes, por tanto, la prescripción fue interrumpida a partir de dicha data. En ese sentido, y como quiera que la demanda se presentó **27 de marzo 2017**, no transcurriendo el término trienal entre una y otra fecha, es dable deducir que la excepción de prescripción se surtió en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **exigibles** con anterioridad al **6 de febrero de 2014**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**, tal como lo concluyó la falladora de primera instancia, de ahí que no se la halle ningún reproche.

En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020), es dable declarar probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **6 de febrero de 2013**, por lo que habrá de mantenerse incólume la decisión sobre este aspecto.

**5. Acreencias laborales adeudadas.** Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

**5.1. Auxilio de cesantía.** Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$6.307.618** por concepto de auxilio de cesantía entre el 01 de mayo de 2006 al 5 de diciembre de 2016.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2006	\$ 408.000	\$ 0	\$ 408.000	215	\$ 243.667

2007	\$ 433.700	\$ 0	\$ 433.700	360	\$ 433.700
2008	\$ 461.500	\$ 0	\$ 461.500	360	\$ 461.500
2009	\$ 496.900	\$ 0	\$ 496.900	360	\$ 496.900
2010	\$ 515.000	\$ 0	\$ 515.000	360	\$ 515.000
2011	\$ 535.600	\$ 0	\$ 535.600	360	\$ 535.600
2012	\$ 625.308	\$ 0	\$ 625.308	360	\$ 625.308
2013	\$ 697.167	\$ 0	\$ 697.167	360	\$ 697.167
2014	\$ 664.500	\$ 0	\$ 664.500	360	\$ 664.500
2015	\$ 794.013	\$ 0	\$ 794.013	360	\$ 794.013
2016	\$ 902.970	\$ 0	\$ 902.970	335	\$ 840.264
<b>Total Auxilio de cesantías</b>					<b>\$ 6.307.618</b>

**5.2. Intereses a las cesantías.** Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$268.851** por concepto de intereses a las cesantías causados.

<b>Intereses a las cesantías</b>				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días liquidados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2006	Prescritos			
2007				
2008				
2009				
2010				
2011				
2012				
2013				
2014	ene-15	360	\$ 664.500	\$ 79.740
2015	ene-16	360	\$ 794.013	\$ 95.282
2016	Terminación de la relación laboral	335	\$ 840.264	\$ 93.829
<b>Intereses a las cesantías</b>				<b>\$ 268.851</b>

**5.3. Prima de servicios.** El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$2.286.235** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
2006	prescrita				
2007					
2008					
2009					
2010					
2011					
2012					
2013					
jun-14	\$ 713.000	\$ 0	\$ 713.000	180	\$ 356.500
dic-14	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	180	\$ 308.000
jun-15	\$ 943.675	\$ 0	\$ 943.675	180	\$ 471.838
dic-15	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	180	\$ 322.175
jun-16	\$ 902.970	\$ 0	\$ 902.970	180	\$ 451.485
dic-16	\$ 902.970	\$ 0	\$ 902.970	150	\$ 376.238
<b>Total Prima de servicio</b>					<b>\$ 2.286.235</b>

Valga precisar que si bien es cierto en el régimen de compensaciones se establece en el artículo 10 las prestaciones cooperativas, y en aquella se detalla la prima semestral, debe decirse que la misma es un ahorro que se acumula en un fondo mensualmente por el asociado, cuya deducción mensual es de la asignación devengada mensualmente, tal como se desprende de los desprendibles de pago, razón por la cual, tal prestación no reemplaza la prima aquí condenada, ya la prima de servicios del CST es a cargo del empleador.

**5.4. Vacaciones.** Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$1.624.092** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 1 de mayo de 2006							
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones			
1/05/2006 AL 30/04/2007	1/05/2008	PRESCRITAS					
1/05/2007 AL 30/04/2008	1/05/2009						
1/05/2008 AL 30/04/2009	1/05/2010						
1/05/2009 AL 30/04/2010	1/05/2011						
1/05/2010 AL 30/04/2011	1/05/2012						
1/05/2011 AL 30/04/2012	1/05/2013						
1/05/2012 AL 30/04/2013	1/05/2014				\$ 902.970	360	\$ 451.485
1/05/2013 AL 30/04/2014	1/05/2015				\$ 902.970	360	\$ 451.485
1/05/2014 AL 30/04/2015	1/05/2016	\$ 902.970	360	\$ 451.485			
1/05/2016 AL 05/12/2016	TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL	\$ 902.970	215	\$ 269.637			
<b>Total vacaciones</b>				<b>\$ 1.624.092</b>			

Valga precisar que si bien es cierto en el régimen de compensaciones se establece en el artículo 10 las prestaciones cooperativas, y en aquella se detalla la descanso anual Cooperativo, debe decirse que la misma es un ahorro que se acumula en un fondo mensualmente por el asociado, cuya deducción mensual es de la asignación devengada mensualmente, tal como se desprende de los desprendibles de pago, razón por la cual, tal prestación no reemplaza las vacaciones aquí condenadas, ya la misma de conformidad con el CST es a cargo del empleador.

**5.5. Indemnización moratoria.** Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, 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 una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un acuerdo cooperativo, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta, sin mayores discusiones, que el dador de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través de la citada forma de vinculación, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como asociado de la CTA y autogestionario, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

**5.1. Ponencia compartida – Liquidación.** En consecuencia, se fulmina condena por este concepto, para lo cual se tendrá en cuenta que la demandada se presentó dentro de los 24 meses finalizada la relación (acta de reparto del 27 de marzo de 2017), así, la llama a juicio deberá cancelar la cantidad diaria de **\$30.099**, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, **6 de diciembre del 2016** y hasta por **veinticuatro (24) meses**, que equivale a **\$21.671.280**; y en vista que el último salario devengado por el actor, fue por valor superior al salario mínimo la Sala mayoritaria ordena que a partir del primer día del mes veinticinco (25) el empleador deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y hasta cuando el pago se verifique, en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el art. 65 del C.S.T., a título de indemnización moratoria.

Indemnización moratoria					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Moratoria
\$ 902.970	6/12/2016	6/12/2018	\$ 30.099,00	720	<b>\$ 21.671.280</b>

**6. Costas.** En primera instancia a cargo de Cooservitec CTA y en favor del demandante. En este grado jurisdiccional de consulta sin condena en costas.

En mérito de lo expuesto, 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: REVOCAR** la sentencia proferida el 28 de abril del 2022, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre **GILBERTO ANTONIO HERNÁNDEZ ALONSO** y **COOSERVITEC CTA** entre el 1 de mayo de 2006 al 5 de diciembre de 2016.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **COOSERVITEC CTA**, a pagar al señor **GILBERTO ANTONIO HERNÁNDEZ ALONSO**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$6.307.618**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$268.851**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$2.286.235**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$1.624.092**, por concepto de vacaciones.
- e) **\$2.297.724**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
- f) Por concepto de indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST la suma de **\$30.099** correspondiente a un día de salario por cada día de retraso desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, **6 de diciembre del 2016** y hasta por **veinticuatro (24) meses**, que equivale a **\$21.671.280**; y partir del primer día del mes veinticinco (25) el empleador deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y hasta cuando el pago se verifique.

**CUARTO: DECLARAR PROBADA** de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por la encartada **COOSERVITEC CTA** y las demás no probadas.

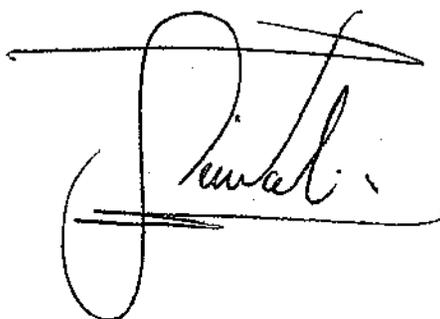
**QUINTO: CONDENAR** en costas en primera instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **COOSERVITEC CTA**. Tásense. En este grado jurisdiccional de consulta sin condena en costas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada  
(Salvo voto parcial)



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

## **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

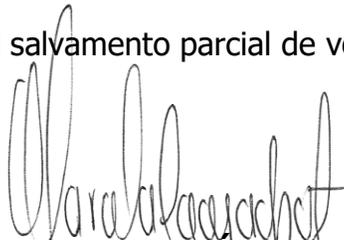
### **PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GILBERTO ANTONIO HERNÁNDEZ ALONSO CONTRA COOSERVITEC CTA (RAD. 25-2017-00215-01)**

#### **M. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN Y M. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

Con el debido respeto de mi compañero de sala, me permito salvar de manera parcial mi voto en relación con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala frente a la forma de calcular la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., pues sobre este aspecto debió acogerse la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, según la cual "*el trabajador mantiene intacto su derecho a la indemnización moratoria si dentro de los 24 meses siguientes a la ruptura de su nexa contractual reclama por la vía ordinaria el pago de sus acreencias insolutas, toda vez que con ello cumple con el propósito que llevó al Legislador a plantear la reforma, es decir, evitar un reclamo judicial tardío con el fin de recibir una cuantiosa suma de dinero.*"

Bajo ese entendimiento, si en el presente caso el demandante presentó la demanda dentro de los 24 meses de finalizada la relación laboral, lo cual aconteció el 27 de marzo de 2017, debió ordenarse a la encartada pagar a favor del señor Gilberto Antonio Hernández Alonso el valor de \$30.099 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 6 de diciembre del 2016 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales adeudadas y no como lo consideró la Sala Mayoritaria que a partir del mes 25 los intereses moratorios sobre el monto dejado de cancelar por dicho concepto, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento parcial de voto.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
**Magistrada**



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** SANDRA ERIALET MARTÍNEZ ALBA y EDIER JIMMY GÓMEZ ARCOS  
**Demandada:** PORVENIR S.A.  
**Radicación:** 19-2018-00364-01  
**Tema:** APELACIÓN - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Sandra Erialet Martínez Alba y Edier Jimmy Gómez Arcos, instauraron demanda ordinaria contra Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito de que se declare que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su hijo Brayan Estiven Gómez Martínez y, en consecuencia, se condene a la enjuiciada al reconocimiento y pago de la citada prestación económica desde el 11 de diciembre de 2016, junto con sus correspondientes intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que el señor Brayan Estiven Gómez Martínez falleció el 11 de diciembre de 2016; que el causante no tuvo esposa, compañera permanente como tampoco hijos; que Brayan Estiven Gómez Martínez convivía con sus padres Sandra Erialet Martínez Alba y Edier Jimmy Gómez Arcos, quienes dependían económicamente de su hijo; que el 15 de mayo de 2017 reclamaron la pensión de sobrevivientes ante PORVENIR S.A., pero les fue nada a través de comunicado del 02 de junio de 2017, bajo el argumento de no acreditar la dependencia económica con el causante; que el señor Brayan Estiven Gómez Martínez tenía 107 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento; que el señor Brayan Estiven Gómez Martínez al momento de fallecer era la cabeza del hogar, dado que su madre se encuentra incapacitada para laborar y su padre no cuenta ni contaba con trabajo estable que le permitiera sufragar los gastos del hogar; que el 06 de septiembre de 2017 presentó reclamación administrativa ante PORVENIR S.A., sin embargo, le fue respondida de manera negativa a través de comunicado del 14 de septiembre de 2017. (Expediente digital, PDF 03- DEMANDA. págs. 1 a 8)

**2. Contestación de la demanda.** Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que los actores no demostraron dependencia económica con el afiliado fallecido y, por el contrario, señaló que el aporte del causante era una mera colaboración o ayuda que no implicaba una subordinación material o relevante, además que en seguridad social en salud no eran beneficiarios, pues la señora Sandra Erialet Martínez Alba era beneficiaria de Edier Jimmy Gómez Arcos quien se desempeña como guarda de seguridad; que en el evento de dar por acreditada la

dependencia económica, no hay lugar a los intereses moratorios, ya que la negativa pensional se da en aplicación rigurosa de la ley. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, cobro de lo no debido e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe de Porvenir S.A., compensación, y prescripción. (Expediente digital, PDF 10 - respuesta)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo de 2022, en la que la Juzgadora condenó a la enjuiciada a reconocer y pagar a favor de Sandra Erialet Martínez Alba y Edier Jimmy Gómez Arcos, la pensión de sobrevivientes a partir del 11 de diciembre de 2016 con ocasión del fallecimiento de su hijo Brayan Estiven Gómez Martínez, en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, con sus respectivos reajustes y por 13 mesadas anuales; condenó a PORVENIR S.A. a pagar la suma de \$58.734.352 por concepto de retroactivo causado entre el 11 de diciembre de 2016 hasta el 31 de mayo de 2022, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando con posterioridad; autorizó a PORVENIR S.A. a realizar los descuentos en salud, así como lo pagado por concepto de devolución de saldos; condenó al pago de los intereses moratorios a partir del 7 de noviembre de 2017 y hasta que se haga efectivo el pago de la obligación; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, tuvo como problema jurídico dilucidar si se cumplen los requisitos establecidos en la ley para conceder la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor Brayan Estiven Gómez Martínez, a quienes ostentan la calidad de demandantes, como padres del fallecido. Con tal propósito, luego de citar lo dispuesto en los artículos 46 y 76 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, advirtió que, el causante cotizó un total de 107 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, encontrándose entonces cumplido el requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso.

Respecto de la calidad de beneficiarios del causante, sostuvo que tal aspecto se encuentra acreditado en tanto que el Registro Civil de Nacimiento del causante, daba cuenta que los demandantes fueron progenitores del fallecido. En lo que hace a la dependencia económica, luego de hacer valoración al acervo probatorio allegado por las partes, dijo que se encontraba cumplida tal condición, como quiera que, los testigos fueron contestes y espontáneos en afirmar que Brayan Estiven Gómez Martínez vivía con sus padres y les ayudaba económicamente para el sostenimiento de aquellos, gastos de arriendo, manutención, vestuario, medicamentos y servicios públicos, además que coincidieron en afirmar que la señora Sandra Erialet Martínez Alba se encontraba en mal estado de salud y el señor Edier Jimmy Gómez Arcos no tiene un trabajo fijo ni estable que permita atender las necesidades de su hogar, por ello, se reafirma que el fallecido aportaba económicamente y suplía los gastos de sus padres. Por manera que debía condenar a la demandada al reconocimiento y pago.

Atinente a los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que que la negativa en el reconocimiento de la prestación económica solicitada obedeció a que los señores demandantes, dentro del trámite administrativo, no habían acreditado la dependencia económica frente a su hijo. Sin embargo, ello no quedó totalmente desvirtuado, pues conforme a la anterior exposición, con la reclamación del derecho pensional se acreditó dicho requisito, razón suficiente para su imposición.

(Expediente digital, Audio 18 y 19- Parte Audiencia)

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la llamada a juicio interpuso recurso de apelación esgrimiendo que no se encuentra acreditada la dependencia económica, pues el causante aportaba como dependiente al sistema de seguridad social, sin que figuren sus padres como beneficiarios; que el señor Edier Jimmy Gómez Arcos, padre del causante cotiza a seguridad social como dependiente desde el 19 de septiembre de 2007 y tiene como beneficiaria a la señora Sandra Erialet Martínez Alba, aspecto que es contradictorio con la solicitud elevada, ya que allí reporta que es cotizante; que la señora Sandra Erialet Martínez Alba trabajaba en una empresa de flores de la cual sigue recibiendo la seguridad social o incapacidades; que la situación de salud de la señora Sandra Erialet Martínez Alba se ha extendido por más de nueve años, sin que haya iniciado proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, lo que según el apoderado "resulta sospechoso"; que para la fecha del óbito el señor Edier Jimmy Gómez Arcos generaba ingresos por su labor como guardia de seguridad, adicionalmente la demandante Sandra Erialet Martínez Alba recibía las incapacidades, con lo cual no se logra demostrar cual es la verdadera situación económica del núcleo familiar, además de existir claras inconsistencias respecto del dicho de los testigos y los demandantes en cuanto al monto real que aparentemente aportada el causante; que lo aportado por el causante era una mera colaboración que es normal en el contexto social y económico de una familia normal común y corriente, en la cual el hijo con ingresos ayuda a su familia en lugar de buscar independencia en la cual tendrían que asumir mayores gastos, como arriendo alimentación entre otros; que el estado civil de los padres reclamantes es el de casados con sociedad conyugal vigente, con lo cual, existía obligación entre ellos, además que los ingresos entre ambos es cercana a los dos salarios mínimos, con lo cual se desvirtúa la dependencia económica con el óbito; que no son procedentes los intereses moratorios, dado que los demandantes no demostraron por la vía administrativa ni judicial el requisito legal de dependencia económica, con lo cual, la negativa pensional fue por aplicación rigurosa de la ley, sin que haya lugar a su imposición producto de una interpretación jurisprudencial; que al no acreditar la dependencia económica otorgó la devolución de saldos y por ello quedó definida la prestación pensional a su favor.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 Demandante.** Peticiona que se confirme la decisión de instancia, dado que se ajusta a derecho, pues se demostró la dependencia económica de los demandantes.

**6.2 Porvenir S.A.** Solicita que se revoque la decisión de primer grado ya que no se cumple los presupuestos para su reconocimiento, ello en la medida en que no se demostró la dependencia económica de los padres frente al causante, además que ya se reconoció la devolución de saldos, lo que genera una situación jurídica concreta y consolidada.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

**2. Problema jurídico.** Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- ✓ ¿Se encuentra demostrada la dependencia económica de los aquí actores respecto de su hijo Brayan Estiven Gómez Martínez y, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión de su deceso?
- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar que la demandada no acreditó razones justificantes para no reconocer la prestación económica deprecada?

### **3. Pensión de sobrevivientes – padres como beneficiarios.**

**3.1 Fallecimiento.** Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Brayan Estiven Gómez Martínez se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial 06170833 (Expediente digital, PDF 03- AnexosDemanda, págs. 7), el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 11 de diciembre de 2016, como se indicó en el libelo incoatorio.

**3.2 Normatividad aplicable.** Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 11 de diciembre de 2016. (SL701-2020)

**3.3 Densidad de semanas.** Respecto de las semanas cotizadas en pensiones, se tiene que dentro de los 3 años anteriores cotizó 107 semanas (Expediente digital, PDF 27 - PRUEBAS GILDARDO TOVAR, págs. 8 a 17), amén que ello no fue tema del recurso de apelación.

**3.4 Parentesco.** Tampoco existe controversia en que los actores son progenitores del causante, lo cual, también se extrae del registro civil de nacimiento adosado al informativo. (Expediente digital, PDF 03 - AnexosDemanda, pág. 1 a 2).

**3.5 Requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.** El literal d) del art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, establece que, **a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho**, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes **los padres, sí dependían económicamente del causante.**

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase de la norma en mención que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica "total y absoluta"**, al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtiene por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la

verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

Frente al tema, igualmente la CSJ, entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

De igual modo, frente a la carga de la prueba tiene dicho la Corte que le corresponde a los padres demandante demostrar la dependencia económica, en tanto que a la parte demandada el deber de "*desvirtuar esa sujeción material*", mediante medios suasorios que "*acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas*" (SL590-2018, reiterada en la SL4167-2020).

**3.6 Caso concreto.** Conforme a lo anterior, y descendiendo al caso concreto, se tiene que contrario a lo sostenido por el recurrente, del material probatorio obrante en el proceso, se encuentra acreditado que los demandantes sí dependían económicamente de su hijo, dentro del marco definido por las disposiciones legales y jurisprudenciales mencionadas con anterioridad.

A la anterior conclusión se arriba, luego de que en el diligenciamiento se escuchara a los testigos Gladys Stella Alba Largo y Juan Carlos Gámez Villán, quienes fueron contestes y espontáneos en sus declaraciones, sin que se evidencien contradicciones. En relación con la señora Gladys Stella Alba Largo, manifestó que conoció a los demandantes hace más de treinta años y como son de la misma "tierra" se hicieron "muy buenos amigos"; que se reunían frecuentemente; que le consta la dependencia económica de los demandantes respecto de su hijo Brayan, en tanto que "yo frecuento mucho la vivienda y a la familia, siempre veía como el señor Brayan le ayudaba a sus padres" (...) "cuando yo iba a la casa, apenas llevada la quincena él le daba una cuota a la mamá para los gastos" (...) "le daba una cuota a la mamá de \$600.000 y ella distribuía pues como más entre arriendo, mercado y servicios"; respecto de la señora Sandra Erialet Martínez Alba dijo que ella se encontraba vinculada a una empresa, pero que no tenía sueldo, ya que se encontraba incapacitada y respecto del señor Edier Jimmy Gómez Arcos adujo que para el óbito de su hijo no se encontraba laborando "porque él tenía trabajos muy así esporádicamente, trabajos muy cortos, o trabajaba independiente"; que Brayan aportaba parte de los medicamentos que necesitaba la señora Sandra Erialet Martínez Alba y que en diciembre "con la prima les compraba o les daba dinero para comprar (...) y les daba para el vestido de ellos"; frente a la pregunta relacionada con el valor exacto de la ayuda, manifestó que "yo frecuento mucho la casa en muchas ocasiones vi y fui testigo de la cuota que él le da a la mamá". Finalmente, dijo que el causante vivió con sus padres, y que no tuvo hijos.

En cuanto al señor Juan Carlos Gámez Villán, dijo que es vecino de los demandantes y los conoció hace aproximadamente treinta años, que ellos siempre han vivido en arriendo; que fue muy amigo de Brayan Estiven Gómez Martínez, de quien también fue "patrón", y respecto a la dependencia económica manifestó que "yo le pagaba a él

como le dije comentábamos las situaciones y hablamos lo que el pagaba siempre era casi la mitad del sueldo más o menos \$600.000 o \$700.000” “como le digo yo era el jefe inmediato yo sabía que el aportaba y pagaba lo que era necesario, si había le adelantaba pero todo era para la casa”; manifestó respecto de la señora Sandra Erialet Martínez Alba que para la fecha de fallecimiento de Brayan Estiven Gómez Martínez se encontraba enferma y su situación de salud empeoró con el fallecimiento de su hijo, y respecto del señor Edier Jimmy Gómez Arcos indicó que “él no trabajaba, ni siquiera yo le daba trabajo por el estado, no sabía muchas cosas no le daba trabajo ni yo”.

Lo primero que colige la Sala es que los testigos coinciden en que el aporte de Brayan Estiven Gómez Martínez a sus padres era de aproximadamente \$600.000, que en sí se utilizaba para cubrir necesidades básicas como el arriendo, mercado y servicios como lo dijo la deponente Gladys Stella Alba Largo, suma que connota la Sala resulta proporcional y ajustado al salario que devengaba para los años 2015 y 2016, como se constata a folios 26, en los que se certifica que el salario devengado era de \$1.200.000, con lo cual, se logra acreditar la dependencia económica, en la medida en que *“a la norma jurídica que gobierna el caso litigado, no le interesa si el causante demuestra ó no el origen de los recursos que invierte en la manutención de aquellas personas a las que por razones simplemente naturales les debe agradecimiento”*(SL858-2021).

Igualmente, ha rememorado la máxima autoridad que no es necesario estimar de manera rigurosa o cuantificar exactamente el aporte del causante, ya que ello *“constituye un estimado económico subjetivo de un consumo aproximado cuya cuantificación se calcula a priori”*(SL858-2021), y en ese sentido, estima la Sala que el aporte pro hijado por la causante a sus progenitores se traducía en el pago del arriendo, servicios y mercado, independiente de que los testigos no hayan coincidido en un valor exacto, pues son datos que escapan del conocimiento exacto del testigo, pero que en sí reflejan que el hijo de los demandantes era quien le ayudaba económicamente a sus padres o realizaba el aporte económico al grupo familiar compuesto únicamente por los tres, y que una vez falleció el señor Brayan Estiven Gómez Martínez, se diluyó el grupo familiar dejando recibir el apoyo económico que aquel dispensaba a sus padres.

En este punto, conviene recordar que la Corte ha considerado que la dependencia económica se *“refleja en varias ayudas tanto monetarias, como en especie, que buscan solventar distintos menesteres -vestido, alimentación, vivienda, servicios públicos, transporte, entre otras-. De este modo, el hecho de que uno de sus descendientes le solventara una necesidad por su propia cuenta, no descarta que las demás fueran satisfechas con el aporte del causante”*(SL858-2021), ello para significar que la ayuda económica del hijo de los demandantes solventaba en un todo el “arriendo, servicios y mercado”, siendo que el hecho de no hayan estado afiliados como beneficiarios en la seguridad social del señor Brayan Estiven Gómez Martínez, no descarta la dependencia económica, ni tampoco hace a los actores autosuficientes económicamente como lo esgrime la defensa de la entidad demandada.

Al respecto, en la misma providencia se trató el tema de los aportes en salud, en la que se dijo *“el servicio de salud es apenas una de las necesidades básicas de todo ser humano”*, y por ende, *“el hecho de que no haya sido inscrita como beneficiaria en salud del de cuius en nada desfigura el esquema de la economía familiar en la que el aporte del hijo fallecido era significativo”*, lo que mutatis mutandi desvanece la consideración del recurrente relativa a que le llamaba la atención que no hayan estado inscritos como beneficiarios de su hijo.

Acreditado como esta que el aporte de la causante era relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia compuesta en su momento por sus padres, aquí demandantes, se invierte la carga de la prueba y le corresponde a la entidad de seguridad social "*desvirtuar esa sujeción material*", mediante medios suasorios que acrediten la autosuficiencia económica de los demandantes para solventar sus necesidades básicas, situación que no logra materializarse, ya que a más de lo considerado con anterioridad, la defensa la apuntala en que la señora Sandra Erialet Martínez Alba se encuentra vinculada laboralmente y recibe incapacidades por su estado de salud y que el señor Edier Jimmy Gómez Arcos labora de manera dependiente como guarda de seguridad; no obstante, como lo relataron los testigos, la señora Sandra Erialet Martínez Alba viene afrontando un situación de salud compleja desde antes de fallecer su hijo, la que incluso se agravó tras el deceso de su hijo, y en relación con el señor Edier Jimmy Gómez Arcos no se encuentra acreditado que su trabajo haya sido estable, pues los dos testigos coincidieron que eran trabajos esporádicos y que por su "estado" ni siquiera el deponente Juan Carlos Gámez Villán le brindada trabajo, es decir, ninguna probanza allega la parte pasiva que desvirtúe "esa sujeción material" o dependencia económica, y que en gracia de discusión, no puede pasar de soslayo la Sala que en el núcleo familiar el aporte del causante era sustancial, sin que se encuentre desvirtuado tal premisa por PORVENIR S.A., pues incluso como se dijo al inicio de esta providencia, no se requiere demostrar dependencia total y absoluta, y no excluye ni desvirtúa la dependencia económica el hecho de que los padres "*puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre que éstos no sean suficientes para garantizar su independencia económica. En otras palabras, que esas rentas no alcancen a cubrir los gastos de su propia vida*" (SL2618-2021).

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del PCT. y de la SS, se extrae que, con el acervo probatorio recaudado, se probó que Sandra Erialet Martínez Alba y Edier Jimmy Gómez Arcos acreditan dependencia económica que les prohibía su hijo Brayan Estiven Gómez Martínez, causando así la prestación contenida en el art. 47 de la L. 100/93 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003. Así las cosas, se sigue confirmar la decisión que en este punto tomó la Juez primigenio, pues, es claro que no cometió ningún desacierto.

**4. Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.** Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se sentó el criterio de que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge en su integridad el criterio que sobre la materia se encuentra

fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican para **todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.**

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las mismas, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional. Así las cosas, la Sala concluye que los intereses moratorios deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en "*sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior*"

Sentado lo anterior, frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que: "*se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001*", y que "*de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también "*cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales*" (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de AFP PORVENIR S.A. al establecer la inexistencia de la dependencia económica, máxime cuando el postulado de su defensa es que no se encontraban como beneficiarios en el sistema general de seguridad social del causante, aspecto que como quedó dicho no es la única circunstancia que genera dependencia, es decir, las razones que tuvo PORVENIR S.A. para negar la prestación no son atendibles desde ninguna óptica y por ellos, no puede sostenerse que la negativa se funda en la aplicación minuciosa de la ley. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debió reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub iudice, se presentó la solicitud el 06 de septiembre de 2017 (Pág. 22 archivo No 03), por lo que la entidad tenía hasta el 06 de noviembre del mismo año para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 07 de noviembre de 2017, como lo estableció la A quo.

**5. Compensación devolución de saldos.** Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha delineado que tal condena es procedente *"con el fin de evitar un pago que genere un detrimento económico a la entidad de seguridad social, esta podrá deducir lo que pagó al reclamante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes"* (SL5037-2020), en ese orden, la orden de que del retroactivo causado se deduzca lo correspondiente al valor reconocido por devolución de saldos a favor de los demandantes se encuentra ajustada a derecho.

Finalmente, en lo que respecta a la alzada de PORVENIR S.A. relativa a la incompatibilidad, con lo dicho ampliamente en precedencia se deja claro que el hecho de que los actores hayan recibido la devolución de saldos, no les impedía que con posterioridad pretenda el reconocimiento pensional, mismo que fue negado injustamente por PORVENIR S.A. sin tener en consideración la dependencia económica que tenían frente a su hijo, y de igual manera, se trata de un derecho de carácter irrenunciable.

**6. Costas.** En esta instancia a cargo de AFP PORVENIR S.A. y a favor de los actores, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

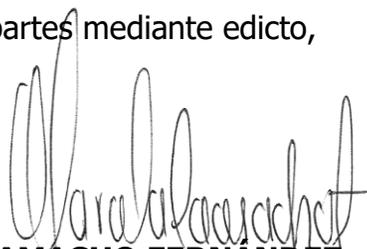
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

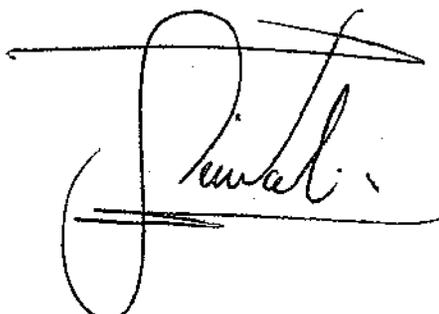
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de mayo de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en la presente instancia en favor de los demandantes y a cargo de la accionada. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho a favor de cada uno de los demandantes y a cargo de AFP PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LUZ STELLA JIMÉNEZ NIETO  
**Demandada:** COLPENSIONES Y FLOR MARÍA BARRETO PERALTA  
**Radicado No.:** 23-2018-00550-01  
**Tema:** PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Luz Stella Jiménez Nieto instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Flor María Barreto Peralta, con el propósito de que se condene a la primera de estas a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes desde el 28 de agosto de 2010, junto con los intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con el señor Héctor Ernesto Guerrero Carranza, convivió a partir del 6 de enero de 1983 al 27 de diciembre de 1995 y nuevamente desde el 12 de abril de 2000 al 28 de agosto de 2010, fecha del fallecimiento del causante. Señaló que tuvo cuatro hijos con su compañero permanente, quienes en la actualidad son mayores de edad, además, que Colpensiones reconoció pensión de sobrevivientes a favor de la señora Flor María Barreto Peralta y al joven Héctor Ernesto Guerrero Barreto mediante Resolución núm. 42466 del 17 de noviembre de 2011, siendo negada la prestación económica a su favor. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado01a151, págs. 3 a 10)

### 2. Contestación de la demanda

**2.1. Colpensiones.** Al momento de descender el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que la accionante no acredita los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en especial el requisito de la convivencia con el causante Héctor Ernesto Guerrero. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1º, 6º y 8º a 12º, relacionados con la fecha de nacimiento de la citada persona, fecha de su muerte, la solicitud pensional realizada por la actora, Flor María Barreto Peralta y Héctor Ernesto Guerrero Barreto, el reconocimiento pensional a estos dos últimos mediante Resolución núm. 42466 del 17 de noviembre de 2011 y negativa del derecho pensional a la actora. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado01a151, págs. 45 a 51)

**2.2. Flor María Barreto Peralta.** A través de curador ad litem contestó la demanda con oposición de las pretensiones aduciendo que no acredita los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, toda vez que no cumple con el requisito de convivencia exigido con el causante Héctor Ernesto Guerrero. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1º, 6º y 8º a 12º y formuló las excepciones de mérito que denominó carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 08ContestaciónDemandaCuradorAdLitem)

**3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado01a151, págs. 42 y 43); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 27 de septiembre del 2022, en la que el fallador absolvió a las convocadas a juicio de las pretensiones de la demanda, gravando en costas a la actora.

Para arribar a tal decisiva, señaló que al día de fallecimiento del causante se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, por manera que debía verificar si la demandante logró acreditar los requisitos legales para la procedencia de la prestación económica. A ese propósito indicó que la pasiva no discute el cumplimiento de las 50 semanas de cotización requeridas durante los últimos 3 años al deceso y en cuanto a la convivencia con Héctor Ernesto Guerrero adujo que la demandante allegó declaración extrajuicio en la que afirmó que después de haberse separado con el causante, que lo fue el 6 de enero de 1983, convivieron nuevamente entre el 12 de abril de 2006 al 28 de agosto de 2010, situación ratificada en declaración extrajuicio efectuada por los señores Mario Enrique Montenegro y Zoila Nieto Acosta. Dijo que también se escucharon los testimonios de los señores Jorge Eduardo Guerrero Carranza, María de la Paz Guerrero Carranza y Mery Johana Guerrero, así como la declaración de la activa.

Lo anterior, para significar que con la misma declaración juramentada allegada al proceso podría colegir que la pareja no convivió durante los últimos 5 años al fallecimiento del causante, con miras a acceder a la pensión de sobrevivientes. Además, advirtió que, con la prueba testimonial practicada, tampoco podía considerar el cumplimiento del requisito legal, en tanto que *"aquellos no dan certeza de la existencia de la convivencia entre la aquí demandante y el señor Enrique a partir del año 2000, de manera continua hasta el año 2010"*, dado que Jorge Eduardo Guerrero Carranza no le constó de esta situación, mientras que María de la Paz Guerrero únicamente conoce de la convivencia entre la parte desde 1983 a 1995 y Mery Johanna Guerrero Jiménez hasta al año 2002.

Tal situación lo condujo a concluir de los medios de prueba anteriormente reseñados, que la demandante no demostró convivencia con el causante de manera continua por lo menos durante los cinco años anteriores al deceso, luego esa circunstancia le imponía absolver a la pasiva de las pretensiones esbozadas en la demanda. (Expediente digital, audio 16Audiencia20220927110542Grabacion)

**5. Alegatos de conclusión.** Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Grado jurisdiccional de consulta.** El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Luz Stella Jiménez Nieto, en calidad de compañera permanente del causante Héctor Ernesto Guerrero Carranza, reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte del Colpensiones? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿A partir de que data y tiene derecho al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación?

**3. Fallecimiento.** Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Héctor Ernesto Guerrero Carranza, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 06994270, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 28 de agosto de 2010. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado01a151, pág. 12)

**4. Normatividad aplicable.** Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 28 de agosto de 2010. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

**5. Densidad de semanas.** No se discute que Héctor Ernesto Guerrero Carranza cotizó 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores al óbito, en los términos del numeral 2º del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tal aspecto en todo caso se logra evidenciar de la Resolución SUB 62272 del 5 de marzo de 2018 y del historial de semanas cotizadas, que dan cuenta que entre 28 de agosto de 2010 y dicho interregno, aquel cotizó un total de 178 semanas.

**6. Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado.** Ahora bien, no admitiendo discusión que el afiliado falleció el 28 de agosto de 2010, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

**6.1. Calidad de compañera permanente.** Al respecto, valga precisar que en el campo de la seguridad social y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)" (CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008).

En el sub lite, de los diferentes actos administrativos expedidos por Colpensiones se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañera permanente, sino el eje toral de discusión es el lapso de los últimos 5 años de

convivencia en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se dilucida más adelante.

**6.2. Edad.** Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Luz Stella Jiménez Nieto, nació el 8 de febrero 1964 y para la muerte del señor Héctor Ernesto Guerrero Carranza, contaba con 45 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

**6.3. Convivencia.** Sobre este punto, es preciso connotar por la Sala que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia a la cónyuge o compañera permanente cuando el causante correspondiere a un afiliado fallecido, en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia *"(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado"*, de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta vinculante al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 199, señaló que el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad- hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que ha aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño,

respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó Luz Stella Jiménez Nieto, en calidad de compañera permanente a reclamar la pensión de sobreviviente ante Colpensiones, dicha entidad mediante SUB 62272 del 5 de marzo de 2018, le negó la misma con fundamento en la declaración juramentada de la solicitante, según la cual *"Viví en unión marital de hecho con el señor HÉCTOR ERNESTO GUERRERO CARRANZA (q.e.p.d.) QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICADA CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 4.130.452 expedida en Guateque, desde el 06 de Enero de 1983, luego nos separamos el día 27 de Diciembre de 1995 y volvimos a convivir el día 12 de abril de 2006, hasta el día 28 de Agosto de 2010, fecha de fallecimiento de mi compañero permanente (...)"*

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

*"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.*

*Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."*

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si la actora acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores a producirse la muerte del pensionado que ocurrió el 28 de agosto de 2010.

En esa dirección, la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 6 de enero de 1983 al 27 de diciembre de 1995, la cual inició nuevamente el 12 de abril de 2000 y se mantuvo hasta el óbito del señor Héctor Ernesto Guerrero Carranza y, para ello trae al cartulario declaración extra juicio efectuada por aquella, misma en la que se anotó *"Viví en unión marital de hecho con el señor HÉCTOR ERNESTO GUERRERO CARRANZA (q.e.p.d.) QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICADA CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 4.130.452 expedida en Guateque, desde el 06 de Enero de 1983, luego nos separamos el día 27 de Diciembre de 1995 y volvimos a convivir el día 12 de abril de 2006, hasta el día 28 de Agosto de 2010, fecha de fallecimiento de mi compañero permanente. Convivimos de manera permanente e ininterrumpida, compartimos techo, lecho y mesa, vivimos bajo el mismo techo la primera vez en Guateque en la Calle 13 No. 8 – 06 Barrio Santa Bárbara de Guateque (Boyacá) y después cuando volvimos a*

*convivir fue en la Carrera 117 No. 63 B 10, Interior 1"*, además, declaraciones extrajuicio de Mario Enrique Montenegro y Zoila Nieto Acosta que ratificaron lo dicho.

Con el anterior soporte probatorio, la Sala de entrada evidencia que no se logra acreditar que la actora cohabitara con el causante durante los cinco (5) años inmediatamente anteriores a producirse la muerte del afiliado que ocurrió el 28 de agosto de 2010, pues tan solo menciona un tiempo de convivencia de 4 años, 4 meses y 16 días, lo cual es insuficiente, para los efectos pretendidos, de ahí que el juez de conocimiento no se equivocó al valorar la citada prueba en la medida que corresponde a lo que efectivamente emana de tal medio de convicción.

Ahora, considera la promotora del proceso que, pese a ese medio de persuasión, logra demostrar el requisito de convivencia con la prueba testimonial que arrojó al cartapacio, sin embargo, bastaría acogerse a las exposiciones de los testigos, para establecer la convivencia real y efectiva de la actora con el señor Héctor Ernesto Guerrero Carranza hasta el momento de ocurrir su deceso, sino es porque la divergencia entre aquellos, sumado a que no tuvieron conocimiento directo de tal hecho, impide a la Sala formar su convencimiento a partir del dicho de estos.

En efecto obra el testimonio de Jorge Eduardo Guerrero Carranza, hermano del fallecido, quien relató que la pareja se separó por espacio de 5 años, iniciando nuevamente su convivencia en el año 2000, misma que perduró hasta el día de su muerte; situación que le constaba en tanto que residieron en su casa durante 7 o 8 meses aproximadamente a partir de dicha data. Señaló que, pese a que conocía el lugar que con posterioridad habitaron, su visita no era de forma permanente ni con frecuencia, pues laboraba fuera de Bogotá.

Se incorporó el testimonio de María de la Paz Guerrero Carranza quien refirió ser la cuñada de la demandante. Narró que visitaba a la pareja cada año, quienes residieron en el municipio de Guateque desde el año 1983 al 1995, fecha en la que se separaron, además, tuvo conocimiento de que en el año 2000 convivieron nuevamente en la ciudad de Bogotá, sin embargo, nunca visitó a la pareja en la citada ciudad. Por último, se arrojó el testimonio de Mery Johana Guerrero Jiménez, hija de la demandante, quien recordó que sus padres se separaron cuando tenía cerca de 9 años, conviviendo nuevamente a partir del año 2000, cuando estaba cursando el grado 11, situación de la que se acordó no solo por su grado de bachiller, sino, en tanto que, si bien para esa fecha residieron en la ciudad de Bogotá, retornó al municipio de Guateque al año siguiente, para laborar.

Analizada en conjunto la prueba testimonial al amparo del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., evidencia la Sala la existencia de inexactitudes que les restan credibilidad y fuerza probatoria a su dicho. Nótese que si bien, todos los declarantes coinciden en que la convivencia de la pareja retornó en el año 2000 como compañeros permanentes y que la misma se extendió hasta que ocurre el deceso del causante en agosto de 2010, lo cierto es que las inconsistencias en sus exposiciones y las contradicciones con la versión de la demandante y con la documental obrante en el juicio, impiden tener certeza con la contundencia requerida, del momento en que inició esa vida en común la pareja y si está perduró hasta el fallecimiento.

Ello por cuanto si bien afirmaron constarle que la cohabitación retornó en 2000, lo cierto es que no tuvo conocimiento directo si esa convivencia perduró hasta la fecha de fallecimiento del causante, si se tiene en cuenta que la visita que realizaban a la pareja no era con frecuencia ni en forma permanente, al punto de que la señora María de la Paz Guerrero Carranza no visitó a la pareja una vez decidieron convivir nuevamente y su conocimiento lo tuvo porque se lo contaron, circunstancia que a juicio de la Sala no es

demostrativa de que la real convivencia se haya dado a partir de esa data, además, el hecho de haberlos visto ocasionalmente no necesariamente implicaba que cohabitaron desde esa época bajo el mismo techo de manera permanente y continua, sin que dicha probanza escatime la existencia de una efectiva, real y material convivencia, con el ánimo de mantener lazos familiares de ayuda mutua y socorro propio.

En conclusión, si bien los testigos se ocuparon de hacer ver que la convivencia inició en el año 2000, pero defendiendo este extremo inicial de la convivencia no tuvieron conocimiento directo de que esta perduró hasta el momento del deceso de Héctor Ernesto Guerrero Carranza, además, confrontadas sus versiones con el conjunto probatorio (declaración extrajudicial) se advierte que riñen o no son convincentes, por tanto, no permite acoger sus versiones como prueba para demostrar el parámetro requerido para el reconocimiento de la prestación económica.

**7. Conclusión.** Visto lo anterior, no le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y en ese orden se deberá confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

**8. Costas.** Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

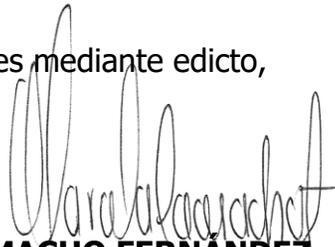
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

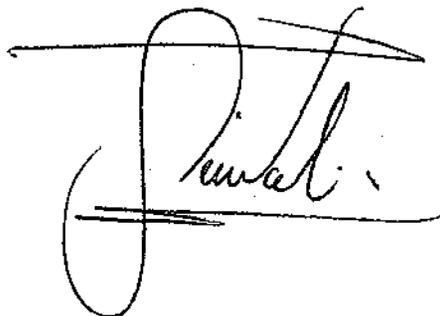
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de septiembre del 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** CARLOS ENRIQUE ESCOBAR VELÁSQUEZ  
**Demandada:** COLPENSIONES  
**Radicación:** 11-2018-00193-01  
**Tema:** APELACIÓN DEMANDANTE- RELIQUIDACIÓN PENSIONAL-  
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Carlos Enrique Escobar Velásquez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que tiene derecho a que se le reliquide la primera mesada pensional, a la que se le debe aplicar el Decreto 1048 de 1978 y, en consecuencia, se condene al pago de las diferencias pensionales, intereses moratorios y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución núm. 015771 del 11 de julio de 2006, con base en 8.775 días, equivalentes a 24.37 semanas. Indicó que por haber laborado en la Universidad de Antioquia se le reconoció un tiempo total de 7.135 días equivalentes a 1.019 semanas, además, que se retiró del servicio activo como trabajador el 3 de abril de 2000, fecha en la que no volvió a realizar aportes a ningún fondo de pensiones. Explicó que el valor de la primera mesada pensional correspondió a \$2.120.755 y debido a la multifiliación que concurrió entre el ISS y la AFP Protección S.A., se resolvió válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, de allí que el fondo de pensiones procedió a trasladar los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, sin que hayan sido tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional que previamente se le efectuó.

Precisó que con ocasión a ello presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia que correspondió por reparto al Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, quien absolvió a las demandadas de las pretensiones consistente en la devolución de aportes realizados al RAIS, decisión que fue confirmada por este Tribunal. Indicó que en el proceso concluido quedó claro que se le debe reliquidar su primera mesada pensional, situación que fue negada en varias oportunidades por el ISS hoy Colpensiones. (Expediente digital, PDF 03 Demanda (fl 3 a 14))

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

**3. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado, la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra,

aduciendo que el reconocimiento pensional efectuado a través de Resolución No. 015771 del 11 de julio de 2006 se encuentra conforme a derecho, siendo la norma más beneficiosa para el actor el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 3°, 4.1 a 4.5., 7°, 8°, 14° a 16°, 18°, 21°, 22°, 25°, 29° y 33°. Respecto de los demás señaló no ser ciertos o constarle.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Expediente digital, PDF 11

ContestaciónColpensiones (fls 57 a 72))

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 18 de mayo del 2022, en la que el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. declaró que al demandante le asiste derecho a la reliquidación pensional, estableciendo como mesada pensional la suma de "\$3.863.713" a septiembre de 2001, la cual deberá estar reajustada año a año. Así mismo, declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción, por consiguiente, negó las diferencias de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 de noviembre de 2013. En consecuencia, condenó a la encartada a reconocer y pagar retroactivo pensional debidamente indexado, junto con las costas del proceso.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si al demandante le asiste derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación que goza teniendo en cuenta los aportes devueltos por la AFP Protección S.A. a Colpensiones por periodos causados entre septiembre de 1995 y abril de 2000, como consecuencia de la multifiliación. A ese propósito sostuvo como no controversial que el actor nació el 6 de septiembre de 1946 por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 47 años, siendo beneficiario del régimen de transición y cómo cumplió 55 años el 6 de septiembre de 2001, le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución No. 015771 del 11 de julio de 2006, con base en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Tampoco que, en relación a la multivinculación entre regímenes pensionales, aquel cotizó desde 1975 hasta el año 2000 un total de 1.256 semanas, verificando que para los periodos de septiembre de 1995 hasta abril de 2000 se encontraba cotizando en los dos regímenes, punto sobre el cual se resolvió como válidamente afiliado al ISS, generando que el fondo de pensiones retornara los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual.

Indicó que el fenómeno de la multifiliación no permite tener en cuenta el doble de semanas cotizadas simultáneamente, sin embargo, si los ciclos doblemente cotizados únicamente para sumar los salarios con los cuales se aporta mensualmente durante los ciclos se septiembre de 1995 hasta abril de 2000 y así establecer el ingreso base de liquidación del derecho pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 o inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según sea el caso. Bajo ese horizonte concluyó que a la entrada en vigencia de la citada norma tenía 47 años, luego le faltaba menos de diez años para cumplir con los requisitos pensionales, por tanto, su pensión se debe liquidar con base en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante ese lapso, es decir, con IBL de \$4.737.267 que indexado a la fecha de cumplimiento de la edad pensional, arroja un IBL de \$5.151.617, al cual aplicada la citada tasa de reemplazo arroja una primera mesada pensional de "\$2.863.731", de ahí que le asiste derecho a la reliquidación pensional junto con el retroactivo causado a razón de trece mesadas al año, teniendo en cuenta el nuevo monto de la prestación.

Relativo a la excepción de prescripción aludió a lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., para significar que este fenómeno en caso de las pensiones aplica respecto de las mesadas pensionales y no sobre el derecho como tal. Además, aseguró que el término prescriptivo se interrumpe por una sola vez con el escrito que eleve el afiliado a la entidad respectiva. Así las cosas, refirió que el derecho del demandante se hizo exigible desde el reconocimiento pensional, es decir, desde el momento en que se le notificó la Resolución No. 015771 del 11 de julio de 2006, no obstante, como el actor elevó una primera petición el 1° de agosto de 2011 y una segunda el 22 de noviembre de 2016 y la demanda la presentó el 11 de abril de 2018, misma que fue notificada dentro del año establecido en el artículo 94 del C.G.P., consideró que se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción las mesadas pensionales causadas con antelación al 22 de noviembre del 2013. En lo que hace a los intereses moratorios precisó que como en el presente asunto se declaró procedente el reajuste o reliquidación pensional, no son admisibles los mismos, tal y como se ha indicado en sentencia SL 4338 de 2019, entre otras.

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. Demandante.** Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación argumentando que la prescripción fue declarada por el A quo de oficio, toda vez que en el escrito de contestación de demanda fue pedida sobre el derecho y no a las mesadas pensionales. De otro lado, señaló que, si bien se reconoce la prestación económica en trece mesadas pensionales, su derecho pensional fue causado antes del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo tanto, le corresponden 14. Por último, respecto de los intereses moratorios arguyó que estos deben ser reconocidos desde el momento en que adquirió el derecho a percibir las mesadas, así como la indexación en cuanto no opera el fenómeno prescriptivo.

**5.2. Colpensiones.** Como sustento de apelación señaló que el entonces ISS reconoció la pensión de vejez al actor en cuantía de \$2.120.575 efectiva a partir del 10 de septiembre del año 2001, de conformidad con la Ley 33 de 1985, por cuanto el demandante acreditó un total de 1.256 semanas de cotización, misma que al ser revisada se estableció con base en el ingreso base de liquidación previsto en la norma referida, a lo que se le aplicó un porcentaje del 75%, teniéndose en cuenta los aportes simultáneos realizados por los empleadores y laborados por el trabajador, es decir, que si se tuvieron en cuenta en la liquidación los saldos que fueron remitidos por el fondo de pensiones, luego no le asiste el derecho a la reliquidación pretendida.

## **5. Alegatos de conclusión**

**5.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que si bien es cierto las mesadas pensionales constituyen una prestación social, el derecho que regula el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 488 y 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, no hacen referencia a los derechos de pensión regulados por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones. Señaló que la reliquidación es imprescriptible, además, obtuvo los requisitos legales (estatus pensional) establecido para reclamar su derecho a pensión en el mes de septiembre de 2.001, por lo que se le debe respetar el derecho a percibir 14 mesadas por año. Frente a los intereses moratorios dijo que hay lugar a condenarlos.

**5.2. Colpensiones.** Refirió que los períodos cotizados a la Universidad de Antioquia y Cooperativa Multiactiva Universidad Nacional fueron simultáneos, por lo que se tuvieron en cuenta para la liquidación del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez reconocida en el régimen de prima media.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

**2. Problemas Jurídicos.** Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El promotor del proceso tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta para el Ingreso Base de Liquidación los aportes pensionales que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad entre septiembre de 1995 hasta abril de 2000, con ocasión de la multivinculación que se generó y que se resolvió en el sentido que el ISS debía responder por la prestación económica del demandante y, como consecuencia de ello, debe la demandada reconocer y pagar el retroactivo por las diferencias causadas, debidamente indexadas o intereses moratorios?; (ii) y ¿Se debe declarar probada o no la excepción de prescripción?

**3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada.** Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que el demandante nació el 6 de septiembre de 1946 y que se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 6 de septiembre de 1946, realizando aportes en calidad de trabajador del sector público, logrando cotizar un total de 8.796 días, equivalentes a 1.256 semanas, con los empleadores Universidad de Antioquia y Cooperativa Multiactiva. Tampoco existe controversia que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que por virtud de ello le fue reconocida pensión de jubilación por el ISS a través de Resolución No. 015771 del 11 de julio de 2006, misma que se concedió por cumplir los presupuestos previstos en la Ley 33 de 1985, que se advirtieron satisfechos al 6 de septiembre de 2001, en cuantía inicial de \$2.120.755. Ni está en discusión que dada la situación de multivinculación que presentó el gestor de la litis, en tanto hubo simultaneidad en el pago de cotizaciones en ambos regímenes pensionales, que generaba duda sobre el cual de las administradoras debía responder por la prestación del demandante, se definió vía administrativa que el ISS hoy Colpensiones era el competente para decidir sobre las prestaciones emanadas del régimen de prima media con prestación definida.

**4. Reliquidación pensional.** Así las cosas, la primera discusión conforme la plantea la parte actora radica en que al momento del reconocimiento pensional no se tuvieron en cuenta para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación, los aportes pensionales cotizados a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y que fueron trasladados a Colpensiones, producto de la multifiliación en que se incurrió y se resolvió administrativamente en el sentido de que esta última es la que debe asumir las prestaciones económicas del actor. Tales aportes se convalidaron en la historia laboral del actor, misma que refleja que el promotor del proceso realizó aportes de manera ininterrumpida entre el 1º de julio de 1995 al 30 de abril de 2000, para un total de 232.29 semanas, con los empleadores Universidad de Antioquia y Cooperativa Multiactiva. Por manera que, a pesar de la multifiliación en que se vio incurso el demandante, no es razonable desconocer los aportes trasladados por el RAIS a Colpensiones, para el estudio de las exigencias establecidas de la pensión de jubilación, siempre que no sean aportadas simultáneamente (SL13873 de 2014), pues en el caso de aparecer, estos se aplicarán en lo concerniente a la determinación del IBL, pero no se contabilizan como semanas de

cotización adicional (SL4237-2019), tal y con cierto lo dedujo la cognoscente de primer grado.

Acorde con la situación planteada, es necesario señalar que la Ley 100 de 1993, introdujo un nuevo régimen de seguridad social que entró a regir el 1 de abril de 1994, normatividad que de acuerdo con los principios que regulan la seguridad social, protegió las expectativas legítimas de ciertas personas que a la fecha tuvieran cumplidos algunos requisitos como edad o tiempo de servicios, consagrando un régimen de transición, que permite acudir en ciertos y específicos asuntos, a la norma que los gobernaba previa a la expedición de la citada ley, los cuales son:

- La edad,
- Tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y
- Monto de la pensión de vejez allí consagrado, entendiéndose el monto como el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión y no como el IBL, que corresponde a los salarios devengados por el trabajador o la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso.

Así mismo, respecto del **Ingreso Base de Liquidación** de la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, se debe resaltar que el Legislador hizo pronunciamiento expreso, conforme se observa en el inciso 3º del artículo 36 y el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, para quienes estando en transición les **faltare menos de 10 años para adquirir el derecho** que *"será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior"* o para quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones **les faltare 10 o más años para consolidar el derecho** a la pensión de vejez, el ingreso base de liquidación se determina con *"el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia"* o *"Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo"*.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3696 del 29 de agosto de 2018, precisó al respecto que:

*"Aunado a lo anterior, la Sala ha dicho que a los beneficiarios del régimen de transición que les hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho, les resulta aplicable el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que para aquellos a quienes les falta un tiempo superior, el ingreso base de liquidación debe ser el contemplado en el artículo 21 de la citada normatividad."*

Aplicando al presente caso la línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción laboral, se concluye que el actor se encuentra bajo supuestos jurídicos que están en discusión, por lo tanto, se entrará a definir el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación a partir del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir al derecho pensional, toda vez que la sentenciadora de primer grado para efectos de definir el monto de la prestación económica baso su intelección únicamente sobre esta forma de liquidación, punto sobre el cual no tuvo reproche alguno el demandante y, por ende, al no ser motivo de alzada, la Sala no puede entrar a definir por virtud del principio de consonancia el promedio de los salarios o rentas sobre los cual cotizó el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento del derecho pensional.

**4.1. Liquidación del ingreso base de liquidación con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta.** En cuanto a esta forma de determinar el IBL, siguiendo el anterior marco normativo y jurisprudencial, tenemos que el actor

cumplió los 55 años en 2001, pues conforme a la documental aportada nació el 6 de septiembre de 1946, por lo que al 1° de abril de 1994 le faltaban menos de 10 años para para adquirir el derecho pensional, de manera que le asiste derecho a que su liquidación se efectúe con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta.

De modo que, una vez elaborada la respectiva liquidación, incluyendo los ciclos doblemente cotizados, se evidenció lo siguiente:

Cálculo tiempo que le hiciere falta								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1994	275	14,890	43,270	2,906	\$ 876.289,00	\$ 2.546.475,82	\$ 23.342.695,06	
1995	300	18,250	43,270	2,371	\$ 1.238.318,50	\$ 2.936.002,27	\$ 29.360.022,74	
1996	360	21,800	43,270	1,985	\$ 1.714.345,17	\$ 3.402.739,24	\$ 40.832.870,84	
1997	360	26,520	43,270	1,632	\$ 2.102.349,17	\$ 3.430.190,36	\$ 41.162.284,36	
1998	360	31,210	43,270	1,386	\$ 3.794.656,83	\$ 5.260.967,68	\$ 63.131.612,12	
1999	360	36,420	43,270	1,188	\$ 4.409.159,50	\$ 5.238.449,52	\$ 62.861.394,26	
2000	120	39,790	43,270	1,087	\$ 3.635.980,00	\$ 3.953.979,76	\$ 15.815.919,03	
<b>Total días</b>	<b>2135</b>	<b>Total devengado actualizado</b>				<b>2001</b>	<b>\$ 276.506.798,41</b>	
<b>Total semanas</b>	<b>305,00</b>	<b>Ingreso Base Liquidación</b>					<b>\$ 3.885.341,43</b>	
		<b>Porcentaje aplicado</b>					<b>75%</b>	
		<b>Primera mesada</b>					<b>\$ 2.914.006,07</b>	

De esa forma, el valor mensual de la pensión de jubilación, desde el 6 de septiembre de 2001 asciende a la suma de **\$2.914.006,07** y, en consecuencia, como este valor es inferior al determinado por la A quo, pero superior al liquidado por Colpensiones, se modificará la sentencia consultada y apelada, para en su lugar **declarar** que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985, a partir de dicha data y en la señalada cuantía, mesada cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 14 mesadas pensionales al año, pues contrario a lo expuesto por la falladora de primer grado, esta no fue afectada por el Acto Legislativo 001 del 2005, ya que para la fecha de causación de la prestación económica, tal reforma constitucional no había sido expedida.

**5. Prescripción.** En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

*"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe*

*entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente.”*

Esta Corporación observa que para efecto de estudiar el fenómeno de la prescripción en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, debe partir de la base de que la accionada propuso dicha excepción al contestar la demanda y en tal virtud, la Sala estima pertinente aclarar, a propósito de los reproches endilgados por el demandante, que la excepción de prescripción propuesta opera en la forma determinada en la ley, es decir, sobre la acción para reclamar un determinado derecho, cuyo término se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; al tiempo que la prescripción no requiere de fórmulas sacramentales más allá de invocarse, de allí que sea objeto de estudio sobre el derecho en la medida que la pasiva la propuso como excepción.

Teniendo en cuenta lo anterior, al haberse causado la pensión desde el 6 de septiembre de 2001 y exigible a partir de dicha data, es claro que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esta última fecha por tres años, respecto de las diferencias pensionales que se iban causando, mes a mes; de esta manera opera el fenómeno de prescripción para este caso así:

Se tiene que la actora elevó reclamación ante el ISS el 1° de agosto de 2011, por lo que el término de interrupción iba hasta la misma fecha del año 2014, pero como la demanda no se presentó en ese lapso, las diferencias pensionales causadas prescribieron. Ahora bien, respecto a las diferencias pensionales causadas con posterioridad al 1 de agosto de 2014, el actor apenas vino a presentar nueva reclamación el 22 de noviembre de 2016, la que le fue resuelta mediante Resolución GNR 349263 de la misma data y confirmada a través de acto administrativo VPB 4547 del 3 de febrero de 2017, por lo que prescribieron las causadas con anterioridad a la misma fecha de 2013, no ocurriendo lo mismo con las posteriores, pues la demanda fue presentada el 11 de abril de 2018, esto es, dentro de los tres años siguientes.

Por consiguiente, es claro que no incurrió en error la sentenciadora de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada petición ante Colpensiones calendada 22 de noviembre de 2013, de allí que la Sala deba mantener incólume la decisión de primer grado.

**6. Retroactivo Pensional.** Realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$223.399.602,44**, correspondiente a las diferencias causadas entre 22 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2022 y a partir del 1 de diciembre de 2022 Colpensiones deberá cancelar una mesada equivalente a **\$7.707.907,95**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional.

Retroactivo Pensional						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Mesada pensional reconocida por la Sala	Mesada pensional reconocida por Colpensiones	Nº. Mesadas	Diferencia pensional
1/11/2013	31/12/2013	2,44	\$ 5.256.285,66	\$ 3.987.358,07	3	\$ 3.806.782,78
1/01/2014	31/12/2014	1,94	\$ 5.358.142,75	\$ 4.084.463,99	14	\$ 17.831.502,63
1/01/2015	31/12/2015	3,66	\$ 5.554.126,47	\$ 4.163.613,35	14	\$ 19.467.183,67
1/01/2016	31/12/2016	6,77	\$ 5.930.090,23	\$ 4.315.905,00	14	\$ 22.598.593,22
1/01/2017	31/12/2017	5,75	\$ 6.271.070,42	\$ 4.564.069,54	14	\$ 23.898.012,33

Retroactivo Pensional						
1/01/2018	31/12/2018	4,09	\$ 6.527.557,20	\$ 4.750.739,98	14	\$ 24.875.441,04
1/01/2019	31/12/2019	6,00	\$ 6.919.210,63	\$ 5.035.784,38	14	\$ 26.367.967,50
1/01/2020	31/12/2020	3,80	\$ 7.182.140,63	\$ 5.227.144,19	14	\$ 27.369.950,26
1/01/2021	31/12/2021	1,61	\$ 7.297.773,10	\$ 5.311.301,21	14	\$ 27.810.606,46
1/01/2022	30/11/2022	5,62	\$ 7.707.907,95	\$ 5.609.796,34	12	\$ 29.373.562,55
<b>Total Retroactivo Pensional</b>						<b>\$ 223.399.602,44</b>

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de noviembre de 2013, se reconoce de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021).

**7. Descuentos.** Se autoriza igualmente a Colpensiones para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

**8. Intereses moratorios.** Conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no proceden los intereses moratorios solicitados, dado que la entidad pensional no está en mora en el reconocimiento de la pensión y lo que se reconoce judicialmente es la reliquidación de la mesada pensional, tal y como se reiteró en sentencia SL 1712-2019, criterio reiterado en providencia SL2206-2021.

**9. Indexación.** Como se peticiona la indexación, es claro que se debe acceder a la misma, toda vez que al momento del pago de la condena ésta sufrirá los efectos del hecho notorio de la devaluación de la moneda, corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

**10. Costas.** Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, 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 1° de la sentencia proferida el 18 de mayo del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **DECLARAR** que el señor **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR VELÁSQUEZ**, tiene derecho al reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión mensual, en cuantía inicial mensual de **\$2.914.006,07**, desde el 6 de septiembre de 2001, mesada cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 14 mesadas pensionales al año, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 2° de la sentencia consultada y apelada, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR VELÁSQUEZ**, la suma de **\$223.399.602,44**, como retroactivo pensional causado desde el 22 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2022, suma que deberá ser indexada, teniendo como **IPC INICIAL** noviembre de 2013 y como **IPC FINAL** el día en que se efectúe el pago al demandante. A partir del 1° de diciembre de 2022, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de **\$7.707.907,95**, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

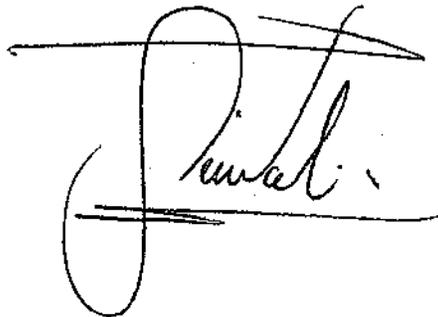
**TERCERO:** En lo demás, se **MANTIENE** incólume la sentencia de primer grado.

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*