

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual efectuado a través de Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, se ordene a esta última a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas; y a Colpensiones a aceptar el traslado.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 14), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

3. Providencia Recurrída.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante señora CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES, a la sociedad FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 16/01/1998, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución de gastos y cuotas de administración que le hubiera realizado debidamente indexados con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PORVENIR S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, así mismo, Condenar a Colpensiones a que debe imputar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS, de conformidad a la parte motiva de esta providencia

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas la suma de \$ 1.000.000, Colpensiones por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 200.000

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que, la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, ya que lo hizo de manera informada tal y como quedó consignado en el interrogatorio de parte, además de que lo hizo de manera libre y voluntaria sin que hubiese mediado presión o apremio por parte de Porvenir S.A., habiéndose realizado de conformidad con la normatividad que se encontraba vigente para el año de 1998, data para la cual no se exigía una información en los términos reclamados en la demanda, pues esta información tan rigurosa solo vino a ser determinada de manera posterior a tal fecha, sin que para ese año existiera el deber de asesoría y buen consejo, pues estos deberes fueron impuestos con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 del 2010.

Manifestó que la firma del formulario de vinculación denota el conocimiento que tenía la actora sobre los beneficios y las consecuencias que acarrea su vinculación al RAIS y que este es prueba suficiente para acreditar la existencia de una voluntad libre y consciente de la persona de afiliarse a este fondo pues, conforme las normas legales vigentes para la data del traslado, por expresa disposición legal era a través de dichos formularios que se cumplía con los deberes de información expuestos por el legislador.

Frente a la condena de devolución conjunta de rendimientos financieros y gastos de administración, señaló que la consecuencia de la aplicación de la ineficacia es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás y bajo ese entendido los rendimientos financieros obtenidos se entienden como no generados, además, estos son dineros que no se generan en el régimen de prima media, adicionalmente, indicó que no corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico, que se le ordene a la AFP devolver, además de las sumas depositadas en la cuenta, las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales, por lo que las sumas destinadas a cubrir gastos de administración ya se extinguieron al haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

y por ello no se encuentran en manos de la AFP, pues por exigencia legal debió invertirlas en la obtención de la rentabilidad mínima que exige la ley y tampoco resulta procedente restituir las sumas que ha pagado por concepto de seguros previsionales, por cuanto estas ya no se encuentran en su poder sino en el de la aseguradora que fue contratada por esa AFP con el fin de cubrir los eventuales riesgos de invalidez y de muerte, cumpliendo con la finalidad establecida en la ley, por lo que ya no se encuentran en su poder.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Porvenir S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del plenario medios de prueba suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado del régimen de prima media al RAIS.

Indicó que, tratándose de la afiliación al sistema pensional los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que desean afiliarse, tal como lo señala el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en este caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo privado, quien suministró la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto, no se evidencia vicio en el consentimiento.

Finalizó señalando que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado el cual hizo de manera libre y voluntaria, además de respetarse su derecho de afiliación al suscribir el formulario con el RAIS, máxime cuando goza de total capacidad legal; adicionalmente, indicó que la actora cuenta con más de 50 años de edad, encontrándose inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 artículo 2.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 21 de enero de 1993 presenta aportes en tal régimen (fl. 10 archivo 05); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 16 de enero de 1998 (fl. 3 archivo 05 y fl. 47 archivo 14).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 3 del archivo 05 y 47 del archivo 14, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de enero de 1998 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Perilla Morales se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (16 de enero de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra obtenerse una confesión tendiente a acreditar que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

de administración y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

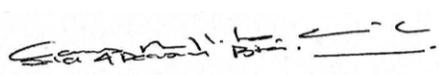
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00792 01.

Demandante: **CLAUDIA PATRICIA PERILLA MORALES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

AUTO

Se señalan a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$550.000, a cargo de cada una de ellas.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de febrero de 2022, en proceso ordinario laboral que **MANUEL ARDILA MENESES** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada en el mes de julio de 1998 ante Protección S.A., así como la realizada en el mes de febrero de 2003 con Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, deprecia se ordene a Porvenir S.A. a trasladar todas las sumas de dinero que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones y a esta última a aceptar el traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (Archivo 007), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 008) presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones de mérito alegó, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (Archivo 009) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

3. Providencia Recurrída.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada entre el demandante **MANUEL ARDILA MENESES** a la **AFP PROTECCIÓN** y posteriormente a la **AFP PORVENIR** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el ciudadano **MANUEL ARDILA MENESES** nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

TERCERO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR** sociedad con la cual el actor tiene en la actualidad vigente su afiliación y trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del código civil y los gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a admitir el traslado del ciudadano **MANUEL ARDILA MENESES** con prestación definida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones formuladas por la pasiva de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas **AFP PORVENIR Y APF PORVENIR**; liquidense por secretaría, se fijan como agencias en derecho la suma de **\$ 1.200.000**, a razón de **\$ 600.000** por cada una de las entidades demandadas de conformidad con los argumentos normativos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que, el demandante realizó válidamente su traslado horizontal hacia esa AFP y lo hizo de manera voluntaria, sin presiones y de manera informada, todo ello de conformidad con la normatividad vigente para dicha fecha y, si bien existía para las AFP una obligación de entregar información necesaria, veraz y suficiente a quienes pretendían vincularse, para la fecha del traslado del actor no había una obligación de asesoría más allá de la establecida por la ley y tampoco se podía atribuir el deber de un buen consejo ni menos el deber de una doble asesoría.

Manifestó que en el interrogatorio de parte, el demandante manifestó tener conocimientos sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual a su nombre en donde irían los aportes por él realizados, sobre los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

rendimientos que se generarían en el RAIS, que sus herederos podían heredar el capital que tuviere en el fondo, lo que permite concluir que sí conocía los requisitos y condiciones para poder pensionarse en el RAIS.

Precisó que el demandante no contaba con ningún limitante para retornar al régimen de prima media – RPM, 5 años después de realizada la vinculación con Porvenir S.A., no obstante, decidió continuar de manera libre y voluntaria vinculado al RAIS y seguir efectuando los aportes a este régimen pensional, por lo que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del actor ni del traslado horizontal por él realizado, en la medida en que su decisión fue consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de las normas vigentes para la época de los traslados en comento.

Frente a la condena de devolución conjunta de rendimientos financieros y gastos de administración, señaló que la consecuencia de la aplicación de la ineficacia es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás y bajo ese entendido los rendimientos financieros obtenidos se entienden como no generados, además, estos son dineros que no se generan en el régimen de prima media.

Manifestó que, en el régimen de prima media un porcentaje de la cotización también se destina a los gastos de administración, tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede desconocerse la gestión efectuada por esa AFP durante la afiliación que tuvo el demandante.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que, el demandante en su declaración manifestó que no recordaba la información brindada, sin embargo, sí recordaba detalles de las asesoras de Porvenir S.A., además, de tal declaración se evidencia que sí conocía algunas de las características del RAIS, pues manifestó conocer que se trataba de una cuenta de ahorro individual a su nombre y que la misma generaría intereses y rendimientos, adicionalmente manifestó que había firmado los formularios de manera libre y voluntaria, razones por las que se avizora que no existió algún tipo de vicio

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

en el consentimiento expresamente manifestado al momento de trasladarse del RPM al RAIS.

Adujo que, no se dan los presupuestos que den paso a la declaratoria de ineficacia para que el actor se traslade nuevamente al RPM y tampoco los contemplados en la sentencia SU -062 de 2010, pues no contaba con 15 años de servicios cotizados al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Concluyó señalando que este tipo de condenas genera descapitalización del sistema pensional, por lo que, de confirmarse la sentencia, solicita incluir la posibilidad de que Colpensiones pueda, a través de la vía jurídica, acudir a las AFP accionadas para que le restituyan u obtenga un resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por la orden de recibir al demandante como afiliado a Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes – a excepción de Protección S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues desde el 13 de agosto de 1976 presenta aportes a tal régimen (fl. 23 archivo 004 y fl. 62 archivo 009); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 11 de septiembre de 2001 (fl. 23 archivo 008) y posteriormente realizó traslado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

horizontal entre AFP del RAIS a PORVENIR S.A., el 27 de febrero del 2003 (fl. 49 archivo 007).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 23 del archivo 008, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 11 de septiembre del 2001 con la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Ardila Meneses se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (11 de septiembre del 2001) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra obtenerse una confesión tendiente a acreditar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que el actor no era beneficiario del régimen de transición al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto en esta providencia.

De otro lado, frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688 de 2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se **ADICIONA** el mentado numeral, para disponer que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ADICIONAR el numeral tercero de la providencia apelada, para disponer que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. -. Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

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

Los Magistrados,



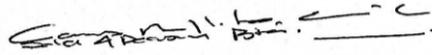
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00113 01.

Demandante: **MANUEL ARDILA MENESES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$550.000, a cargo de cada una de ellas.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de Colpensiones, la providencia que profirió el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de abril de 2022, en proceso ordinario laboral que dentro que **LUZ MYRIAM GÓMEZ SUAREZ** adelanta contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el 01 de enero de 1995 de Cajanal a Colfondos S.A. y como consecuencia de ello se ordene a esta última a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora; así mismo, a Colpensiones, para que la reciba sin solución de continuidad y corrija y actualice su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. (Archivo 002), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, sin proponer excepciones de mérito.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivo 003), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

3. Providencia Recurrída.

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó la demandante señora **LUZ MIRIAM GOMEZ SUAREZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.638.960 el día 15 de diciembre de 1994, y que tuvo efectividad desde el 01 de enero del año 1995 por ante la administradora de fondos de pensiones y cesantías **COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, señora **LUZ MYRIAM GOMEZ SUAREZ** con destino a la administradora Colombiana de pensiones, por ante el régimen de prima media con prestación definida, incluyendo los valores por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general todo valor que se haya recibido régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte demandante.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recepcionar los recursos condenados en el numeral segundo que antecede, y a validar en semanas de cotización los mencionados recursos, declarando el Juzgado, que el régimen de prima media con prestación definida, es el único al cual en forma válida se ha encontrado afiliada la demandante en el régimen de seguridad social integral.

CUARTO: Se DECLARAN no probadas excepciones propuestas por **COLPENSIONES**.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS al extremo demandado, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de **Trescientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$300.000) Mcte**, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte demandante, como valor de las agencias en derecho.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante y la demandada Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud del artículo 69 del C.P.T.S.S. se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 26 de enero de 1981 presenta aportes en tal régimen (fl. 29 archivo 001); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 15 de diciembre de 1994 (fl. 7 archivo 002).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 7 del archivo 002, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 15 de diciembre de 1994 con la AFP COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Gómez Suárez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de diciembre de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **COLFONDOS S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 016 2020 00080 01.

Demandante: **LUZ MIRIAM GÓMEZ SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, la providencia proferida por Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **RODRIGO FANSIÑO GERENA** promoviese contra el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende la reliquidación de la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación, con el salario promedio mensual realmente devengado esto es \$234.810,78, así como el pago de las diferencias resultantes como consecuencia de la reliquidación deprecada.

Se edifica la demanda, en los siguientes hechos: **1)** Laboró para la demandada como trabajador oficial del 02 de enero de 1978 al 01 de junio de 1992, esto es por un periodo de 11 años, 2 meses y 8 días; **2)** La relación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

laboral finalizó por decisión del empleador por supresión del cargo; **3)** La demandada liquidaba y pagaba las cesantías a sus trabajadores sobre lo devengado en el último año de servicios; **4)** La demandada reliquidó las cesantías, teniendo en cuenta como último salario promedio devengado en el último año de servicios, la suma de \$234.810,78, como se aprecia en la Resolución No. 1435 del 08 de abril de 1992; **5)** La liquidación de la pensión restringida o pensión sanción, debe efectuarse con el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; **6)** Nació el 18 de octubre de 1957 y cumplió 60 años el mismo día y mes del año 2017; **7)** Mediante Resolución No. 1150 del 04 de julio de 2018, la demandada reconoció y ordenó el pago de una pensión proporcional de jubilación – pensión sanción, conforme el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, con efectividad del día 18 de octubre de 2017 por favor de \$1.169.403,12, la cual fue liquidada sobre un salario promedio mensual de \$214.690 y aplicando un porcentaje del 44.76%; **8)** La demandada liquidó la pensión sin tener en cuenta el “*real, verdadero y legal salario promedio mensual de liquidación*” que corresponde a la suma de \$234.810,78; **9)** Su primera mesada debe corresponder a la suma de \$1.279.122,74; **10)** El 02 de octubre de 2018 presentó reclamación ante la accionada, la cual se resolvió “*indebidamente*” el 19 de febrero del 2019, pues se “*aparta de lo que realmente se está reclamando*”.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificado en debida forma, el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** (carpeta cd folio 54 contestación demanda), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentado como excepciones a su favor las que denominó: inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, pago, compensación y la genérica.

Expuso, en síntesis, que mediante Resolución No. 1150 del 04 de julio de 2018, al demandante le fue reconocida pensión sanción, siendo esta efectiva a partir del 18 de octubre de 2017 y para cuyo cálculo se tuvieron en cuenta todos los factores salariales aplicables a la fecha de retiro, prestación a la cual se le han aplicado anualmente la totalidad de los reajustes pensionales de manera actualizada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

Indicó que el artículo 6 del Decreto Reglamentario 691, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, estableció los factores que constituyen el salario base para calcular las pensiones de los servidores públicos, lo que también se sustenta en la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para sustentar su decisión, en síntesis, indicó que no existe discusión que el demandante nació el 18/10/1957, que la demandada le reconoció pensión proporcional de jubilación – pensión sanción por valor de \$1.169.400,12, debidamente indexada a partir del 18 de octubre de 2017 tal y como se observa en la Resolución 1150 del 4 de julio del 2018 al tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y que el actor trabajó al servicio de la demandada del 14 de julio de 1980 al 29 de diciembre de 1991 y que de conformidad con dicho tiempo le fue reconocida su pensión.

Manifestó que, para resolver los pedimentos del actor, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, el cual estableció los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de los empleados oficiales; precisó que, para determinar si es viable o no la reliquidación deprecada, debe acudir a la certificación expedida por el Secretario General de la entidad demandada en la que se indican los factores salariales devengados por el accionante durante el último año de servicios y a la reliquidación de cesantías definitivas, destacando que se tomaron los valores más favorables al trabajador.

Señaló que, para efectos de liquidar la pensión restringida de jubilación, conforme a la norma en cita, deben tenerse en cuenta los siguientes factores asignación básica (\$74.979), prima de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación (\$1.985), horas extras (\$20.306,48) y dominicales y festivos (\$13.322.59), los cuales arrojan un valor total promedio mensual de \$110.593.07, precisando que los demás conceptos registrados tanto en la reliquidación de cesantías definitivas como en la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

certificación de factores salariales del último año, no pueden ser tenidos en cuenta al no estar enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, lista que es taxativa.

Con lo anterior, dijo, el demandante devengó, en su último año de servicios la suma de \$1.327.116,79, que al dividirse en 12 meses arroja un salario promedio mensual de \$110.596.07, el cual, al ser actualizado bajo la fórmula de la indexación acogida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 736 del 2013 y al efectuar el cálculo correspondiente con el tiempo efectivamente laborado por el demandante, esto es del 14 de julio de 1980 al 29 de diciembre de 1991, arroja un total de 4.186 días, por lo que el monto de la pensión equivale al 42.98% del IBL, lo que arroja un valor de la primera mesada pensional de \$575.734, suma inferior a la reconocida por la demandada, pues esta incluyó conceptos no contemplados en la norma.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, se estudiará la consulta en favor del trabajador.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Hay lugar a reliquidar la primera mesada del demandante teniendo en cuenta todos los valores devengados durante su último año de servicios?

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Monto de la pensión sanción y cálculo del IBL.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión sanción, como la que le fue reconocida al actor, son los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en concordancia con el parágrafo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 (ver sentencia SL1706-2016 del 27 de enero de 2016, Rad. 61023). En esa misma dirección se pronunció en la sentencia SL2427-2016 del 17 de febrero de 2016, Rad. 52399 en la que expresó:

“el IBL de la pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago.2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015”.

Igualmente, en sentencia del 01 de marzo de 2017, SL4222-2017, Rad. 44643, se expuso lo anterior.

Indexación de la primera mesada pensional.

Al punto, la mentada Corporación, mediante la sentencia del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiterada en la SL2515-2017, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, consideró: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada *con anterioridad* a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad:

“Cabe aclarar que el criterio adoctrinado de la Sala, consistente en que toda pensión, *ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal*, es susceptible de ser indexada **en su base salarial** con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad”.

Así mismo, la Alta Corporación estableció, en variada jurisprudencia, como por ejemplo en la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, que, para calcular la indexación se debe tener en cuenta la siguiente fórmula: $VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$; donde: VA = IBL o valor actualizado; VH = Ingreso base de cotización; IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Descendiendo al caso concreto, de la documental allegada se observa que mediante Resolución No. 1150 de 2018¹, la hoy demandada reconoció al demandante pensión sanción del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 18 de octubre de 2017, en cuantía de \$1.169.403,12, teniendo en cuenta como salario promedio mensual la suma de \$214.690, a la cual, se expuso, le fue aplicada la fórmula de indexación indicada por la Corte Suprema de

¹ Fls. 23 a 27 archivo 01 y fls. 182 a 186 archivo 03-1178 carpeta cd folio 54 contestación demanda

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

Justicia, resultando la suma de \$2.612.866,96 como valor promedio salario mensual para el año 2017, y sobre a cual se aplica la tasa de reemplazo del 44,76% (la cual no fue discutida), dando como resultado la suma de \$1.169.519,25, como mesada pensional del actor para el año 2017.

Ahora bien, para resolver el recurso, al tenerse en cuenta la jurisprudencia arriba citada a efectos de calcular el IBL de la pensión sanción consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, deben tenerse en cuenta los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, cuyos conceptos se encuentran enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, tal y como acertadamente lo expuso la *a quo*.

Para el caso concreto del señor Fandiño Gerena, fue allegada “*Certificación de salarios devengados en el último año laborado*”, la cual obra a folio 99 del archivo 03-1178 carpeta cd folio 54 contestación demanda, documento en el que se avizora que, de los conceptos señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, el actor devengó durante su último año de servicios los siguientes:

- Asignación básica: \$805.896,10
- Dominicales y feriados: \$159.871,08
- Horas extras: \$218.660,40
- Prima antigüedad: \$11.910,00

Para un total de \$1.196.337,58, que dividido en 12 meses arroja la suma promedio mensual de \$99.694,80, la cual resulta ser inferior a la que tuvo en cuenta la demandada en la Resolución No. 1150 del 2018 que reconoció la pensión, pues en tal acto administrativo fueron tenidos en cuenta más de los factores salariales certificados por la demandada en la Certificación² arriba citada, ya que en este documento se certificó como valor devengado por el actor en su último año de servicios la suma de \$2.576.283,41, valor que es inferior al tenido en cuenta en la mentada Resolución y que abarca conceptos que no se encuentran consagrados en el pluricitado artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

² Fl. 257 archivo 02 carpeta 08

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

Así las cosas, como quiera que la demandada, al momento de efectuar el reconocimiento pensional del actor, tuvo en cuenta más de los factores salariales devengados y certificados, sin hacer distinción alguna si eran o no los contemplados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, ello, en últimas, le resultó más favorable al hoy demandante.

En ese orden, pasa la Sala a verificar si la indexación del IBL aplicada en la Resolución No. 1150 del 2018 concuerda con la fórmula que a partir de la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, ha adoptado la Sala de Casación Laboral de la H Corte Suprema de Justicia:

$$VA = \frac{VH \times IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

De donde: **VA** = IBL o valor actualizado; **VH** = Último salario promedio mes devengado; **IPC Final** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de pensión; e **IPC Inicial** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

$$VA = \frac{VH (\$214.690,00) \times IPC \text{ final} - \text{diciembre 2016 (133.39977)}}{IPC \text{ inicial} - \text{diciembre 1990 (10.96102)}}$$

$$VA = \$2.612.858,71$$

$$VA = \$2.612.858,71 \times 44.76\%$$

$$VA = \$1.169.315,56$$

Entonces, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que el valor de la primera mesada pensional, indexada a 2017, correspondería a la suma de **\$1.169.315,56**, siendo este un valor inferior al reconocido al actor en la Resolución No. 1150 del 2018, de lo que se extracta que la mesada reconocida al actor en el mentado acto administrativo fue debidamente indexada, tal y como acertadamente lo expuso la *a quo*.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

Corolario de lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, atendiendo las razones aquí expuestas.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada, atendiendo las razones aquí expuestas.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2020 00039 01.

Demandante: **RODRIGO FANDIÑO GERENA.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES**, interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de junio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **ORFI YANED PINILLA HOYOS** adelanta contra la **COLFONDOS S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., como consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A. traslade aportes, rendimientos, y semanas cotizadas; y que COLPENSIONES acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLFONDOS S.A** (fls. 86 a 221 del archivo 07) y **COLPENSIONES** (fls. 222 a 453 del archivo 08), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción; la primera además formula la excepción de compensación.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **COLFONDOS S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS S.A.** a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, Dineros que se ordena reconocer de forma indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que la actora para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por **COLPENSIONES**, por las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a COLFONDOS S.A.

SEXTO: ORDENAR se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que existía público conocimiento de la normatividad existente; que recaía en la actora la obligación de obtener mayor información acerca de su traslado, ya que, se encontraba trabajando dentro de la entidad de **COLFONDOS S.A**; que al recibir información a través de sus extractos por más de 20 años se pudo haber subsanado la ineficacia

de traslado por falta de información; y que, en caso de confirmar dicho traslado al RPM se estaría generando una insostenibilidad del sistema, ya que la actora lleva más de 20 años sin cotizar a este.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES y la demandante para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 03 de marzo de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 29 a 52 del archivo 02; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 26 de septiembre de 1996 (fl. 24 a 25 del archivo 02).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la Corte 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 24 a 25 del archivo 02 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de septiembre de 1996 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Pinilla Hoyos se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (26 de septiembre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta,

comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que al iniciar el vínculo laboral con COLFONDOS S.A. el 01 de julio del año 1994 en recursos humanos de tal entidad se insistía reiteradamente en el respectivo traslado y/o afiliación al R.A.I.S, se generaban charlas permanentes indicando la crisis de corrupción por la que estaba pasando el I.S.S, se señalaba que era muy posible que esta entidad desapareciera, se informaba que COLFONDOS S.A era la mejor opción por ser accionista mayoritario Colseguros, y que su afiliación se presentó el 26 de septiembre de 1996 porque una persona de recursos humanos suministró formulario de afiliación completamente diligenciado sin explicación alguna; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

De igual manera, del interrogatorio de parte de la demandante, podemos inferir que esta sostiene un vínculo laboral con COLFONDOS S.A desde hace más de 20 años, no obstante, tal circunstancia no permite establecer que tuviera el conocimiento suficiente sobre las consecuencias de su traslado, así como de las características del R.A.I.S., ya que su labor era ejecutada desempeñando actividades no comerciales ni propiamente en temas pensionales, pues indica que inicialmente empezó desempeñando el cargo de analista contable y por su buen rendimiento es Directora de Contabilidad, por lo que manejaba temas en contabilidad; lo dicho, se corrobora con el certificado laboral que allega al expediente digital (fls. 57 a 59 archivo 02), en donde se hace alusión que la actora se ha desempeñado en cargos contables, administrativos, y financieros, por lo que en todo caso debía COLFONDOS S.A suministrar una información completa y comprensible al momento de efectuar la afiliación de la accionante.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones, rendimientos, bono pensional, sumas adicionales a la aseguradora, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS**

S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones, rendimientos, bono pensional, saldos de la cuenta, sumas adicionales a la aseguradora, y gastos de administración también deberá devolver los

rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

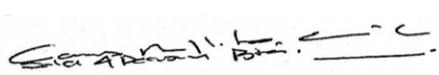
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de febrero de 2022, en proceso ordinario laboral que **LIBIA ROGELIS DÍAZ** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., así como los traslados posteriores. Como consecuencia de ello, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes allí realizados y a esta última a aceptarlos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 08) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 12) presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones de mérito alegó, entre otras, la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Archivo 14), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

La ***a quo*** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora **LIBIA ROGELIS DIAZ** al RAIS a través de la **COLMENA** hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** que efectuó el 03 de julio de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora **LIBIA ROGELIS DIAZ** nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la vinculación de la señora **LIBIA ROGELIS DIAZ** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa, que se debe trasladar lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual, junto con los valores que por concepto de gastos de administración hayan deducido de los aportes efectuados por la demandante debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

CUARTO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, lo que haya deducido de los aportes a pensionales por gastos de administración de manera indexada conforme a los expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a recibir a la señora **LIBIA ROGELIS DIAZ**,

como su afiliada, actualizar su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar **PORVENIR S.A.** y **PROTECCION S.A.**

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.

OCTAVO: En el evento que no se presente recurso de apelación contra la presente sentencia remítase el expediente a la Sala de decisión laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que, no se valoró que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen pensional se materializó con la suscripción de la solicitud o formulario de afiliación, documento público en el que la actora hacía constar que realizaba en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del RAIS, habiendo sido asesorada sobre los aspectos de esta, por lo que no se trataba de una simple declaración en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal.

Adujo que esa AFP siempre le garantizó el derecho de retracto y que la demandante no lo ejerció, lo cual debe valorarse como una negligencia de su parte, además, dijo, con la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad privada de la actora.

Señaló que, no procede la condena por gastos de administración, pues conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el régimen de prima media se destina un porcentaje de la cotización a financiar estos gastos de administración, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, adicionalmente, ordenar el traslado de estos gastos de administración a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Colpensiones, configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, ya que no existe norma que disponga tal devolución, pues el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que deben ser aportados cuando existe un cambio de régimen pensional y de ordenar el traslado de estos gastos también debe ordenársele a la demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, en tratándose de restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos de la nulidad de un acto jurídico, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que, la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y los fondos privados, por lo que esta entidad no puede ser afectada con estos.

Señaló que con la decisión tomada en la sentencia apelada se está afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, especialmente cuando la demandante regresa luego de 26 años a un régimen que no la tuvo en cuenta para sus reservas y cálculos financieros.

Precisó que Colpensiones debe someterse a lo ordenado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 130 de 2013 y en este caso la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, además, tampoco se está en presencia de un derecho adquirido y tampoco de una expectativa.

Finalizó solicitando que, en caso de confirmarse la sentencia, se condene a las AFP al pago a Colpensiones de todos los perjuicios económicos que se genere para esta entidad, pues quien causa el daño es quien debe repararlo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes – a excepción de Colpensiones, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues desde el 07 de junio de 1984 presenta aportes a tal régimen (fl. 32 archivo 01); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 03 de julio de 1996 (fl. 44 archivo 01 y fl. 44 archivo 12) y posteriormente realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS a PORVENIR S.A., el 30 de mayo del 2001 (fl. 76 archivo 14).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 44 del archivo 01 y 44 del archivo 12, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 03 de julio de 1996 con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Rogelis Díaz se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (03 de julio de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Respecto del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora no era beneficiaria del régimen de transición al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto en esta providencia.

De otro lado, frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688 de 2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Ahora bien, frente a lo argüido por Colpensiones respecto del principio de la relatividad jurídica, ha de señalarse que este es una figura propia del derecho civil, que básicamente establece, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto, tal y como lo señaló en la sentencia CSJ SC 1182-2016¹ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), en la que expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

¹ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».²

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y en su momento la AFP Colmena (hoy Protección S.A.), el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

Respecto de la solicitud del citado apelante de ordenarle a las AFP demandadas, pagar los perjuicios que presuntamente le ocasionó, ha de

² *Ibidem.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

indicarse que si bien, por lo narrado en antecedencia dicha pretensión resultaría viable de ser resuelta por la jurisdicción, lo cierto es que los mismos no fueron solicitados en la contestación, tampoco se presentó una demanda de reconvención y estos no fueron debatidos ni menos aún demostrados en este asunto, por lo que mal haría esta Sala en imponer condena frente al particular, pues violaría el derecho de defensa y debido proceso de Protección S.A. y Porvenir S.A.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Por las mismas razones, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** para **ADICIONARLO**, disponiendo que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

ADICIONAR el numeral cuarto de la providencia apelada, para disponer que **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, así como los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

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

Los Magistrados,



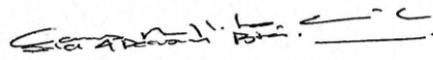
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 024 2020 00258 01.

Demandante: **LIBIA ROGELIS DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$550.000, a cargo de cada una de ellas.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de mayo de 2022, en proceso ordinario laboral que **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual efectuado a través de Porvenir S.A. el 24 de marzo del 2000 y como consecuencia de ello, se ordene a esta última a trasladar a Colpensiones los aportes por ella realizados junto con sus rendimientos y las semanas cotizadas; y a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 006), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 0011), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

3. Providencia Recurrída.

La **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).

4. Argumentos de la recurrente.

PORVENIR S.A. indicó que, si bien existe un precedente jurisprudencial amplio y pacífico en materia del deber de información, la misma Corte ha dicho que deben analizarse las particularidades de cada caso y para este asunto, considera que no se le dio el valor probatorio a las documentales y las declaraciones efectuadas en el interrogatorio de parte, las cuales dan cuenta de que la demandante sí recibió una información en los términos establecidos para el año 2000, pues recibe de manera verbal de parte de uno de los funcionarios de Porvenir S.A. información necesaria, clara y suficiente, en la cual se le puso de presente características básicas del RAIS y para esa oportunidad no podía irse más allá de ese deber de información, pues, si bien ese deber de información ha tenido un desarrollo jurisprudencial y normativo, no es posible atribuirle a Porvenir S.A. unas cargas no vigentes para la data del traslado de la actora y por ello cumplió a cabalidad con los presupuestos del deber de información y en consecuencia la demandante se encuentra válidamente afiliada a esa AFP.

Manifestó que a lo largo de los años ha tenido acceso a la información relevante respecto de sus condiciones pensionales, máxime que, como consumidora financiera le asisten una serie de deberes y obligaciones, situación que no se tuvo presente al momento de realizar el juicio valorativo.

Señaló que, se aparta de la condena de devolver los gastos de administración, pues al tenor de la figura jurídica de la ineficacia las cosas se debe retrotraer a su estado inicial, siendo claro que la demandante no podría verse beneficiada de una característica privativa del RAIS como lo es la existencia de los rendimientos financieros, situación que iría en contravía de lo dispuesto en el artículo 897 del Código de Comercio.

Concluyó precisando que, los gastos de administración y sumas por seguros previsionales no se descuentan de manera caprichosa sino por un mandato legal y reglamentario que Porvenir S.A. debe acatar conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de lo cual se pagaron una serie de seguros previsionales de manera oportuna, dineros que hoy en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

día no se encuentran en el haber de esta AFP, por lo que se afecta su patrimonio propio, desconociendo la profesional gestión de los recursos de la demandante.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 03 de febrero de 1982 presenta aportes en tal régimen (fl. 44 archivo 001 y fl. 15 archivo 006); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 24 de marzo de 2000 (fl. 54 archivo 001 y fl. 80 archivo 011).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 54 del archivo 001 y 80 del archivo 011, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 24 de marzo del 2000 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Barreto Gutiérrez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (24 de marzo del 2000) el fondo privado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra obtenerse una confesión tendiente a acreditar que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. en su recurso, referente a que la actora, como consumidora financiera tenía unos deberes, entre ellos el de asesorarse, si bien esto resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no supe la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

de administración y seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2019 00267 01.

Demandante: **LUZ MARINA BARRETO GUTIÉRREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

AUTO

Se señalan a cargo de PORVENIR S.A. como agencias en derecho la suma de \$550.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de junio de 2022, en proceso ordinario laboral que **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado a través de Porvenir S.A. en septiembre de 1995 y como consecuencia de ello, se ordene a esta última a trasladar a Colpensiones los aportes por ella realizados junto con sus rendimientos; y a Colpensiones a activar la afiliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción laboral.

En cuanto a **PORVENIR S.A.**, mediante auto del 09 de diciembre de 2021 (Archivo 13), se tuvo por no contestada la demanda por esta accionada.

3. Providencia Recurrída.

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO
DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A. S.A., y con esto a la afiliación realizada a DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN identificada con la cédula de ciudadanía No. 60,337,240, el 22 DE SEPTIEMBRE DE 1995.
SEGUNDO
DECLARAR que DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
TERCERO
ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.
CUARTO
ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.
QUINTO
DECLARAR NO PROBADAS , las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.
SEXTO
COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (3) SMLMV, para cada una de ellas. SIN COSTAS A COLPENSIONES

4. Argumentos de las recurrentes.

PORVENIR S.A. indicó que, en primera instancia no se valoró que el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen pensional de la demandante se materializó con la suscripción de la solicitud o formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, en donde se expresaba que la actora hacía constar que realizaba en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del RAIS, habiendo sido asesorada sobre los aspectos de este, conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se trataba de una simple declaración en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal.

Adujo que esa AFP siempre le garantizó el derecho de retracto y que la demandante no lo ejerció, lo cual debe valorarse como una negligencia de su parte, además, dijo, con la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad privada de la actora.

Señaló que, no procede la condena por gastos de administración, pues conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el régimen de prima media se destina un porcentaje de la cotización a financiar estos gastos de administración, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, adicionalmente, ordenar el traslado de estos gastos de administración a Colpensiones, configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, ya que no existe norma que disponga tal devolución, pues el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que deben ser aportados cuando existe un cambio de régimen pensional y de ordenar el traslado de estos gastos también debe ordenársele a la demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, en tratándose de restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos de la nulidad de un acto jurídico, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Por su parte, **COLPENSIONES** adujo que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional conforme los preceptos legales y jurisprudenciales para el caso y tampoco se acreditó que hubiere existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera lugar a declarar la ineficacia del traslado.

Indicó que la accionante manifestó haber realizado reclamación alguna al fondo privado, dando a entender con ello que se encontraba de acuerdo con el servicio prestado y al no manifestar deseo alguno de retractarse de su afiliación al RAIS, la consecuencia es que asumiera las consecuencias legales de tales decisiones, que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el RAIS desde el día que realizó su traslado.

Manifestó que la Ley 797 de 2003, establece que la afiliada no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y, en este caso, la demandante, al momento de efectuar la reclamación a Colpensiones, esto es el año 2020, ya se encontraba dentro de los impedimentos descritos en la norma citada.

Señaló que no debe desconocerse el cumplimiento de los deberes que recaen en los afiliados al sistema general de pensiones como es el de emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como, entre otras, la afiliación o el traslado de administradoras de régimen.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el mes de septiembre de 1989 presenta aportes en tal régimen, tal y como lo acepta Colpensiones al dar contestación al hecho 2 de la demanda (fl. 4 archivo 10); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 22 de septiembre de 1995 (fl. 39 archivo 04).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 39 del archivo 04, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 22 de septiembre de 1995 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Ramírez Calderón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (22 de septiembre de 1995) el fondo privado tenía la obligación de brindarle a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole a la demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que la actora, como consumidora financiera tenía unos deberes, entre ellos el de asesorarse, si bien esto resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, indicado por Colpensiones al señalar que la actora no efectuó reclamación alguna ante Porvenir S.A., ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688 de 2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que la actora se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. -. Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 033 2021 00028 01.

Demandante: **DAHIANNA RAMÍREZ CALDERÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

AUTO

Se señalan a cargo de PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$550.000, a cargo de cada una.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** de la providencia proferida por Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **FABIO GUTIÉRREZ RENGIFO** promoviese contra el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de la indexación de su primera mesada pensional, a partir del 1° de junio de 1992, al adquirir el derecho a la pensión restringida desde el 24 de agosto del 2011, así como el pago de las diferencias resultantes entre lo pagado y el valor de la pensión indexada.

Se edifica la demanda, en los siguientes hechos: 1) Laboró para la demandada desde el 16 de octubre de 1979 hasta el 01 de junio de 1992, ostentado la calidad de trabajador oficial; 2) Consolidó como antigüedad un

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

total de 12 años, 6 meses y 18 días; 3) Para el 01 de junio de 1992 devengaba un salario promedio de \$171.840,47; 4) Reclamó a la demandada la indexación de su primera mesada pensional y le fue negada en dos oportunidades; 5) Es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y tiene derecho a que su pensión se liquide con base en las normas anteriores.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificado en debida forma, el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** (archivo 02 carpeta 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentado las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Expuso, en síntesis, que mediante Resolución No. 3008 del 31 de octubre de 2011, *“Por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo judicial reconociendo una pensión sanción”*, al demandante se le reconoció derecho a la pensión proporcional de jubilación – pensión sanción en un porcentaje del 50.20%, por valor de \$661.049,99, efectiva a partir del 24 de agosto del 2011, fecha en la que cumplió los 60 años, pensión que se encuentra debidamente reliquidada, indexada e incluye todos los factores salariales a que había lugar, acto administrativo que no fue objeto de los recursos de ley por lo que quedó en firme.

Indicó que la indexación solicitada no procede, pues el extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia ordenó y pagó al demandante pensión proporcional de jubilación – pensión sanción, cumpliendo los requisitos del artículo 8 de la Ley 71 de 1961, incluyéndole todos y cada uno de los factores salariales correspondientes, sin haber ocurrido pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

Para sustentar su decisión, en síntesis, indicó que no existe discusión que el demandante nació el 24/08/1951, que mediante Resolución 3008 del 31/10/2011 la demandada le reconoció la pensión de jubilación – pensión sanción a partir del 24/08/2011 en cuantía inicial de \$661.049,99, de conformidad con la Ley 171 de 1961 y con ocasión de lo ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en sentencia del 26/11/2004, que el actor elevó petición de fecha 02/11/2012, a través de la cual solicitó indexar la primera mesada pensional, tomando como salario base de liquidación el promedio de todo lo devengado durante el último año de servicios, ante lo cual recibió respuesta negativa, pues la accionada alegó haber liquidado y aplicado la indexación de manera correcta.

Indicó que el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 estableció los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de los empleados oficiales y citó las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral Nos. 31885 del 2010, 1392 de 2015, 2427 del 2016 y 2931 del 2021, para señalar que, los factores para determinar el IBL del presente asunto corresponden a los indicados en la norma precitada, que para el caso concreto resultan ser el salario básico, la prima de antigüedad, los dominicales y feriados y las horas extras, y no los percibidos por el actor durante el último año de servicios como lo deprecia, advirtiendo que la demandada cumplió con los parámetros establecidos en la norma arriba citada.

En cuanto a la fórmula de indexación, citó la sentencia SL 558 del 2021 que señala cómo se debe aplicar al momento en que fue exigible el reconocimiento pensional por parte del demandante, esto es para el 24/08/2011 e indicó que, al realizarse las operaciones del caso se obtiene un IBL actualizado, por lo que, al aplicar la tasa de reemplazo del 50.20% y la cual no está en discusión, arroja como primera mesada la suma de \$661.049,99, tal y como lo determinó la accionada en la Resolución 3008 del 31/08/2011, pues en esta se tuvieron en cuenta todos los factores salariales contemplados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 e incluso unos adicionales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

4. Argumento del Recurrente.

El **actor** manifestó que se debió haber dado aplicación inmediata al artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 y aplicarse precedentes jurisprudenciales que han sido favorables a los trabajadores de la demandada, adujo que los montos de pensión mensual indexada y las mesadas solicitadas son un derecho adquirido por parte del trabajador y no se encuentra acorde con lo solicitado.

Señaló que en la demanda se citaron varias sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia como la 30602 y 31222 del 13/12/2007, entre otras, en las cuales se trata el mismo caso y que atienden la solicitud presentada, las cuales no fueron tenidas en cuenta en esta sentencia.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Hay lugar a indexar la primera mesada del demandante teniendo en cuenta todos los valores devengados durante su último año de servicios?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Monto de la pensión sanción y cálculo del IBL.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión sanción, como la que le fue reconocida al actor, son los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en concordancia con el parágrafo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 (ver sentencia SL1706-2016 del 27 de enero de 2016, Rad. 61023). En esa misma dirección se pronunció en la sentencia SL2427-2016 del 17 de febrero de 2016, Rad. 52399 en la que expresó:

“el IBL de la pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago.2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015”.

Igualmente, en sentencia del 01 de marzo de 2017, SL4222-2017, Rad. 44643, se expuso lo anterior.

Indexación de la primera mesada pensional.

Al punto, la mentada Corporación, mediante la sentencia del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiterada en la SL2515-2017, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, consideró: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada *con anterioridad* a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad:

“Cabe aclarar que el criterio adoctrinado de la Sala, consistente en que toda pensión, *ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal*, es susceptible de ser indexada **en su base salarial** con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad”.

Así mismo, la Alta Corporación estableció, en variada jurisprudencia, como por ejemplo en la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, que, para calcular la indexación se debe tener en cuenta la siguiente fórmula: $VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$; donde: VA = IBL o valor actualizado; VH = Ingreso base de cotización; IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Descendiendo al caso concreto, de la documental allegada se observa que mediante Resolución No. 3008 del 31 de octubre del 2011¹, la hoy demandada reconoció al demandante pensión sanción del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 24/08/2011 en cuantía de \$661.049,99, teniendo en cuenta como base salarial, lo devengado durante su último año de servicios, correspondiendo a la suma de \$1.645.872,92, con un promedio

¹ Fls. 9 a 14 archivo 01 y fls. 289 a 294 archivo 02 carpeta 08

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

mensual de \$137.156, suma a la que, indica, aplicó la fórmula de indexación indicada por la Corte Suprema de Justicia y que arroja, para el año 2011, el valor de \$1.316.832,65 como promedio mensual, sobre el cual se aplica el porcentaje de 50.20% (el cual no fue discutido), dando como resultado la suma de \$661.049,99, como mesada pensional del actor para el año 2011.

Ahora bien, para resolver el recurso, al tenerse en cuenta la jurisprudencia arriba citada a efectos de calcular el IBL de la pensión sanción consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, deben tenerse en cuenta los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, cuyos conceptos se encuentran enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, tal y como acertadamente lo expuso la *a quo*.

Para el caso concreto del señor Gutiérrez Rengifo, fue allegada “*Certificación de salarios devengados en el último año laborado*”, la cual obra a folio 257 del archivo 02 carpeta 08, documento en el que se avizora que, de los conceptos señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, el actor devengó durante su último año de servicios los siguientes:

- Asignación básica: \$881.394,47
- Dominicales y feriados: \$5.900,98
- Horas extras: \$45.685,10
- Prima antigüedad: \$11.910,00

Para un total de \$944.890,55, que dividido en 12 meses arroja la suma promedio mensual de \$78.740,88, la cual resulta ser inferior a la que tuvo en cuenta la demandada en la Resolución No. 3008 del 2011 que reconoció la pensión, pues en tal acto administrativo fueron tenidos en cuenta la totalidad de factores salariales certificados por la demandada en la Certificación² arriba citada, algunos de los cuales no se encuentran consagrados en el pluricitado artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Así las cosas, como quiera que la demandada, al momento de efectuar el reconocimiento pensional del actor, tuvo en cuenta la totalidad de los

² Fl. 257 archivo 02 carpeta 08

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

factores salariales devengados, sin hacer distinción alguna si eran o no los contemplados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, ello, en últimas, le resultó más favorable al hoy demandante.

En ese orden, pasa la Sala a verificar si la indexación del IBL aplicada en la Resolución No. 3008 del 2011 concuerda con la fórmula que a partir de la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, ha adoptado la Sala de Casación Laboral de la H Corte Suprema de Justicia:

$$VA = \frac{VH \times IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

De donde: **VA** = IBL o valor actualizado; **VH** = Ingreso base de cotización – último salario promedio mensual devengado; **IPC Final** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e **IPC Inicial** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

$$VA = \frac{VH (\$137.156,00) \times IPC \text{ final} - \text{diciembre 2010} (73.40)}{IPC \text{ inicial} - \text{diciembre 1991} (9.74)}$$

$$VA = \$1.033.598,60$$

$$VA = \$1.033.598,60 \times 50.20\%$$

$$VA = \$518.866,50$$

Entonces, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que el valor de la primera mesada pensional, indexada a 2011, correspondería a la suma de **\$518.866,50**, siendo este un valor inferior al reconocido al actor en la Resolución No. 3008 del 2011, de lo que se extracta que la mesada reconocida al actor en el mentado acto administrativo fue debidamente indexada, tal y como acertadamente lo expuso la *a quo*.

Finalmente, respecto de los argumentos presentados por el recurrente a efectos de tener en cuenta las sentencias con radicado 30602 y 31222 del 13 de diciembre de 2007, pues los supuestos fácticos en los que se basan dichas sentencias no son los mismos del presente caso.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

Corolario de lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, atendiendo las razones aquí expuestas.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada, atendiendo las razones aquí expuestas.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 039 2019 00820 01.

Demandante: **FABIO GUTIERREZ RENGIFO.**

Demandado: **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo del demandante, como agencias en derecho, la suma de \$500.000 pesos.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **la parte actora y ROSA CAROLINA ARAGÓN SIRTORI** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 12 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA** adelanta contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que le fuere reconocida por el fallecimiento de su compañero permanente, Silvio Segundo Aragón Manjarres, a partir del 26 de febrero de 1998, junto con sus reajustes y mesadas de ley, con fundamento en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1045 de 1978. Igualmente, solicita indexación de la primera mesada pensional, intereses moratorios por el no pago oportuno de la pensión y por las sumas adeudadas consecuencia del reajuste pensional, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Silvio Segundo Aragón Manjarres falleció el 26 de febrero de 1998; **2)** El

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

I.S.S. le reconoció el 50% de la pensión de sobrevivientes generada como consecuencia del fallecimiento del señor Aragón Manjarres, en calidad de compañera permanente; el restante 50% se distribuyó en los dos hijos del causante; **3)** Empezó a percibir el 100% de la prestación en septiembre de 2009, pese a que la hija menor del causante dejó de percibir la mesada en agosto de 2004; **4)** Para el reconocimiento de la pensión no se tuvieron en cuenta los tiempos laborados por el causante en el Departamento de la Guajira entre el 19 de mayo de 1988 y el 29 de febrero de 1996; **5)** El 21 de marzo de 2012 le fue reconocida pensión de vejez; **6)** El 27 de noviembre de 2015 elevó reclamación ante el COLPENSIONES, quien a través de la Resolución GNR 78747 del 15 de marzo de 2016, efectuó reliquidación de la mesada pensional, empero omitió tener en cuenta la totalidad de los factores salariales; y **7)** Presentó nueva reclamación, efectuándose nueva reliquidación a través de la Resolución GNR 280695 del 22 de septiembre de 2016, sin embargo no se tuvieron en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por el causante.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (fls. 78 a del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que reliquidó la prestación, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales que en vida devengó el señor Aragón Manjarres, y en cumplimiento de las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993; que los factores salariales tenidos en cuenta son los del Decreto 1158 de 1994; y que en ningún momento se ha sustraído del pago de mesadas pensionales para considerar que hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios.

2.2. Vinculación de partes.

Mediante auto del 02 de marzo de 2018 se ordenó la vinculación de **ROSA CAROLINA ARAGÓN SIRTORI y HANNER DE JESÚS ARAGÓN**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

PÉREZ (fls. 106 y 107 del archivo 01). **HANNER DE JESÚS ARAGÓN PÉREZ** (fls. 242 a del archivo 01), dio contestación a la demanda, señalando que no se oponía a las pretensiones, dado que no estaban dirigidas en su contra. Propuso únicamente la excepción innominada o genérica; y **ROSA CAROLINA ARAGÓN SIRTORI** (fls. 257 a 265 del archivo 01) también dio contestación a la demanda, manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que era beneficiaria del reajuste pensional que pudiere existir en favor de la demandante. No propuso excepciones.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que, la reliquidación de la pensión de sobrevivientes se realizó de conformidad con la normatividad que regía la materia, Ley 100 de 1993, así como los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994; que no es dable aplicar el Decreto 1045 de 1978, puesto que este regula la forma de liquidación de prestaciones de servidores del sector nacional, y el causante estuvo vinculado a una entidad de orden departamental; que no todo lo que devenga un trabajador es computable para efectos del reconocimiento pensional, pues únicamente se deben tener en cuenta los factores de que trata el Decreto 1158 de 1994; que realizada la correspondiente liquidación teniendo en cuenta los factores aludidos, aun así se tiene que el valor reconocido por COLPENSIONES es acertado; y que si bien la demandante tenía derecho a que se acrecentara el monto de su pensión, una vez se dejó de reconocer a los demás beneficiarios de tal prestación, lo que ocurrió frente a la hija menor del causante, ROSA CAROLINA ARAGÓN SIRTORI en mayo de 2007, dicho retroactivo se encuentra prescrito, puesto que únicamente se solicitó hasta el 27 de noviembre de 2015.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

los apoderados de la parte actora, ROSA CAROLINA ARAGÓN SIRTORI, y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

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

5. Argumentos de los Recurrentes.

La **parte actora** expuso que el Departamento de la Guajira hizo los descuentos de ley de conformidad con la normatividad que estaba vigente para la época, por lo que no es dable liquidar con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, sino con la Ley 33 de 1988 y el Decreto 1045 de 1978; que esos factores salariales no fueron indexados; que resulta más favorable la liquidación efectuada por COLPENSIONES que la efectuada por el Despacho; que se está legalizando un enriquecimiento sin justa causa, puesto que se recibieron unos aportes sobre unos descuentos que eran superiores en la época; y que el bono pensional se cobró sobre la Ley 1045 de 1978.

Por su parte, **ROSA CAROLINA ARAGÓN SIRTORI** señaló que se acogía en su integridad a los argumentos expuestos por la parte actora; y que no se tuvo en cuenta la indexación de la primera mesada pensional, lo que no prescribe.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable reajustar la mesada pensional reconocida a favor de la demandante con ocasión del fallecimiento de Silvio Segundo Aragón Manajarres? y, ¿se indexó en debida forma la primera mesada pensional?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De los Factores Salariales para Liquidar la Pensión de Sobrevivientes.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la CSJ Rad. 27593 del 02 de marzo de 2007, CSJ Rad. 40.055 del 29 de noviembre de 2011, CSJ Rad. 43.572 del 21 de marzo de 2012, CSJ Rad. 41024 del 30 de enero de 2013, y más recientemente CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, y atendiendo la data de fallecimiento del señor Silvio Segundo Aragón Manjarres -26 de febrero de 1998- (fl.38 del archivo GRP-HPE-ES-CC-17840553_3 de la carpeta 02) la norma que gobierna el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

Del mismo modo, para determinar los factores salariales integrantes del ingreso base de liquidación de la pensión de sobrevivientes, según CSJ SL4489-2018 se aplica la norma que se encuentra en vigor a la fecha de causación del derecho, para el caso, cuando ocurrió el deceso del afiliado, esto es, el Decreto 1158 de 1994; es por ello, que no es posible acudir a normas anteriores como lo podrían ser el Decreto 1045 de 1978 o la Ley 62 de 1985.

Adicionalmente, y aun cuando fuere posible acudir a normas anteriores al Decreto 1158 de 1994, el Decreto 1045 de 1978, tal y como lo advirtió la A Quo no resulta aplicable para trabajadores del orden departamental, pues está dirigida exclusivamente *“a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias,*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional” (CSJ SL4633-2021 y CSJ SL1174-2022). Por ende, y como quiera que los factores salariales que la demandante pretende sean tenidos en cuenta en consideración al Decreto 1045 de 1978 son por su condición de trabajadora en el Departamento de la Guajira, salta a la vista que no sería dable aplicar tal normatividad.

Indexación de la Primera Mesada Pensional.

Existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial, una relativa a la actualización o ajuste del I.B.L., también denominada indexación de la primera mesada pensional, y otra, atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica (Rad. 28257 del 12 de septiembre de 2006, reiterada en decisiones CSJ SL11762-2014, CSJ SL7890-2015 y CSJ SL5045-2018,).

Ahora bien, frente a la indexación de la primera mesada pensional CSJ Rad. 47709 del 16 de octubre de 2013, reiterada en la CSJ SL2515-2017, consideró: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

Así mismo, la misma corporación estableció, en variada jurisprudencia que, la indexación del salario que sirve de base para el cálculo de las pensiones procede para todas ellas sin importar su naturaleza o fecha de causación (CSJ SL3226-2020 y CSJ SL3343-2020, entre otras).

En el asunto, se alega que no se efectuó la indexación de la primera mesada pensional, no obstante, al verificarse la Resolución GNR 280695 del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

22 de septiembre de 2016, es evidente que COLPENSIONES para efectos de la liquidación de la pensión de sobrevivientes, se remitió al artículo 46 y ss de la Ley 100 de 1993, y estableció el período para obtener el ingreso base de liquidación de sobre los cuales había aportado el causante entre el 22 de diciembre de 1977 y el 26 de febrero de 1998, actualizando cada uno de los valores que se cotizaron mes a mes, incluyéndose dentro del tiempo que se laboró en la Gobernación de la Guajira, factores salariales tales como, gastos de representación, y prima de antigüedad; lo que en todo caso llevó a la entidad a obtener un I.B.L. de \$1'821.981, que al aplicarle el 49% de tasa de reemplazo, arrojó una primera mesada pensional de \$892.771 (fls. 60 a 68 del archivo 01).

En todo caso, si se procediera a efectuar una liquidación con los factores salariales indicados en el aludido Decreto 1158 de 1994, se obtendría una cuantía, aun inferior a la arrojada por la entidad, como se avizora a continuación:

				Año 1976			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/03/76	31/03/76	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/04/76	30/04/76	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/05/76	31/05/76	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/06/76	30/06/76	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/07/76	31/07/76	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/08/76	31/08/76	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/09/76	30/09/76	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/10/76	31/10/76	28	1.770,00	59,00	\$ 1.652,00		
01/11/76	30/11/76	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/12/76	31/12/76	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
Total días		303			\$ 17.877,00	\$ 59,00	\$ 1.770,00

				Año 1977			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/77	31/01/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/02/77	28/02/77	28	1.770,00	59,00	\$ 1.652,00		
01/03/77	31/03/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/04/77	30/04/77	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/05/77	31/05/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/06/77	30/06/77	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/07/77	31/07/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/08/77	31/08/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/09/77	30/09/77	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/10/77	31/10/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/11/77	30/11/77	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/12/77	31/12/77	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
Total días		365			\$ 22.877,00	\$ 62,68	\$ 1.880,30

				Año 1978			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/78	31/01/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/02/78	28/02/78	28	2.430,00	81,00	\$ 2.268,00		
01/03/78	31/03/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/04/78	30/04/78	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/05/78	31/05/78	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/06/78	11/06/78	11	2.430,00	81,00	\$ 891,00		
Total días		162			\$ 13.122,00	\$ 81,00	\$ 2.430,00

				Año 1988			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
19/05/88	31/05/88	13	103.400,00	3.446,67	\$ 44.806,67		
01/06/88	30/06/88	30	103.400,00	3.446,67	\$ 103.400,00		
01/07/88	31/07/88	31	103.400,00	3.446,67	\$ 106.846,67		
01/08/88	31/08/88	31	103.400,00	3.446,67	\$ 106.846,67		
01/09/88	30/09/88	30	103.400,00	3.446,67	\$ 103.400,00		
01/10/88	31/10/88	31	103.400,00	3.446,67	\$ 106.846,67		
01/11/88	30/11/88	30	103.400,00	3.446,67	\$ 103.400,00		
01/12/88	31/12/88	31	103.400,00	3.446,67	\$ 106.846,67		
Total días		227			\$ 782.393,33	\$ 3.446,67	\$ 103.400,00

				Año 1989			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	114.500,00	3.816,67	\$ 118.316,67		
01/02/89	28/02/89	28	114.500,00	3.816,67	\$ 106.866,67		
01/03/89	31/03/89	31	114.500,00	3.816,67	\$ 118.316,67		
01/04/89	30/04/89	30	114.500,00	3.816,67	\$ 114.500,00		
01/05/89	31/05/89	31	114.500,00	3.816,67	\$ 118.316,67		
01/06/89	30/06/89	30	114.500,00	3.816,67	\$ 114.500,00		
01/07/89	31/07/89	31	114.500,00	3.816,67	\$ 118.316,67		
01/08/89	31/08/89	31	114.500,00	3.816,67	\$ 118.316,67		
01/09/89	30/09/89	30	114.500,00	3.816,67	\$ 114.500,00		
01/10/89	31/10/89	31	114.500,00	3.816,67	\$ 118.316,67		
01/11/89	30/11/89	30	114.500,00	3.816,67	\$ 114.500,00		
01/12/89	31/12/89	31	114.500,00	3.816,67	\$ 118.316,67		
Total días		365			\$ 1.393.083,33	\$ 3.816,67	\$ 114.500,00

				Año 1990			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	138.800,00	4.626,67	\$ 143.426,67		
01/02/90	28/02/90	28	138.800,00	4.626,67	\$ 129.546,67		
01/03/90	31/03/90	31	138.800,00	4.626,67	\$ 143.426,67		
01/04/90	30/04/90	30	138.800,00	4.626,67	\$ 138.800,00		
01/05/90	31/05/90	31	138.800,00	4.626,67	\$ 143.426,67		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/06/90	30/06/90	30	138.800,00	4.626,67	\$ 138.800,00		
01/07/90	31/07/90	31	138.800,00	4.626,67	\$ 143.426,67		
01/08/90	31/08/90	31	138.800,00	4.626,67	\$ 143.426,67		
01/09/90	30/09/90	30	138.800,00	4.626,67	\$ 138.800,00		
01/10/90	31/10/90	31	138.800,00	4.626,67	\$ 143.426,67		
01/11/90	30/11/90	30	138.800,00	4.626,67	\$ 138.800,00		
01/12/90	31/12/90	31	138.800,00	4.626,67	\$ 143.426,67		
Total días		365			\$ 1.688.733,33	\$ 4.626,67	\$ 138.800,00

				Año 1991			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	185.190,00	6.173,00	\$ 191.363,00		
01/02/91	28/02/91	28	185.190,00	6.173,00	\$ 172.844,00		
01/03/91	31/03/91	31	185.190,00	6.173,00	\$ 191.363,00		
01/04/91	30/04/91	30	185.190,00	6.173,00	\$ 185.190,00		
01/05/91	31/05/91	31	185.190,00	6.173,00	\$ 191.363,00		
01/06/91	30/06/91	30	185.190,00	6.173,00	\$ 185.190,00		
01/07/91	31/07/91	31	185.190,00	6.173,00	\$ 191.363,00		
01/08/91	31/08/91	31	185.190,00	6.173,00	\$ 191.363,00		
01/09/91	30/09/91	30	185.190,00	6.173,00	\$ 185.190,00		
01/10/91	31/10/91	31	185.190,00	6.173,00	\$ 191.363,00		
01/11/91	30/11/91	30	185.190,00	6.173,00	\$ 185.190,00		
01/12/91	31/12/91	31	185.190,00	6.173,00	\$ 191.363,00		
Total días		365			\$ 2.253.145,00	\$ 6.173,00	\$ 185.190,00

				Año 1992			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	226.060,00	7.535,33	\$ 233.595,33		
01/02/92	29/02/92	29	226.060,00	7.535,33	\$ 218.524,67		
01/03/92	31/03/92	31	226.060,00	7.535,33	\$ 233.595,33		
01/04/92	30/04/92	30	226.060,00	7.535,33	\$ 226.060,00		
01/05/92	31/05/92	31	226.060,00	7.535,33	\$ 233.595,33		
01/06/92	30/06/92	30	226.060,00	7.535,33	\$ 226.060,00		
01/07/92	31/07/92	30	226.060,00	7.535,33	\$ 226.060,00		
01/08/92	31/08/92	31	226.060,00	7.535,33	\$ 233.595,33		
01/09/92	30/09/92	30	226.060,00	7.535,33	\$ 226.060,00		
01/10/92	31/10/92	31	226.060,00	7.535,33	\$ 233.595,33		
01/11/92	30/11/92	30	226.060,00	7.535,33	\$ 226.060,00		
01/12/92	31/12/92	31	226.060,00	7.535,33	\$ 233.595,33		
Total días		365			\$ 2.750.396,67	\$ 7.535,33	\$ 226.060,00

				Año 1993			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	425.540,00	14.184,67	\$ 439.724,67		
01/02/93	28/02/93	28	425.540,00	14.184,67	\$ 397.170,67		
01/03/93	31/03/93	31	425.540,00	14.184,67	\$ 439.724,67		
01/04/93	30/04/93	30	425.540,00	14.184,67	\$ 425.540,00		
01/05/93	31/05/93	31	425.540,00	14.184,67	\$ 439.724,67		
01/06/93	30/06/93	30	425.540,00	14.184,67	\$ 425.540,00		
01/07/93	31/07/93	31	425.540,00	14.184,67	\$ 439.724,67		
01/08/93	31/08/93	31	425.540,00	14.184,67	\$ 439.724,67		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/09/93	30/09/93	30	425.540,00	14.184,67	\$ 425.540,00		
01/10/93	31/10/93	31	425.540,00	14.184,67	\$ 439.724,67		
01/11/93	30/11/93	30	425.540,00	14.184,67	\$ 425.540,00		
01/12/93	31/12/93	31	425.540,00	14.184,67	\$ 439.724,67		
Total días		365			\$ 5.177.403,33	\$ 14.184,67	\$ 425.540,00

				Año 1994			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	531.835,00	17.727,83	\$ 549.562,83		
01/02/94	28/02/94	28	531.835,00	17.727,83	\$ 496.379,33		
01/03/94	31/03/94	31	531.835,00	17.727,83	\$ 549.562,83		
01/04/94	30/04/94	30	531.835,00	17.727,83	\$ 531.835,00		
01/05/94	31/05/94	31	531.835,00	17.727,83	\$ 549.562,83		
01/06/94	30/06/94	30	531.835,00	17.727,83	\$ 531.835,00		
01/07/94	31/07/94	31	531.835,00	17.727,83	\$ 549.562,83		
01/08/94	31/08/94	31	531.835,00	17.727,83	\$ 549.562,83		
01/09/94	30/09/94	30	531.835,00	17.727,83	\$ 531.835,00		
01/10/94	31/10/94	31	531.835,00	17.727,83	\$ 549.562,83		
01/11/94	30/11/94	30	531.835,00	17.727,83	\$ 531.835,00		
01/12/94	31/12/94	31	531.835,00	17.727,83	\$ 549.562,83		
Total días		365			\$ 6.470.659,17	\$ 17.727,83	\$ 531.835,00

				Año 1995			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/02/95	28/02/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/03/95	31/03/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/04/95	30/04/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/05/95	31/05/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/06/95	30/06/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/07/95	31/07/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/08/95	31/08/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/09/95	30/09/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/10/95	31/10/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/11/95	30/11/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
01/12/95	31/12/95	30	627.640,00	20.921,33	\$ 627.640,00		
Total días		360			\$ 7.531.680,00	\$ 20.921,33	\$ 627.640,00

				Año 1996			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	764.290,00	25.476,33	\$ 764.290,00		
01/02/96	29/02/96	30	764.290,00	25.476,33	\$ 764.290,00		
01/06/96	30/06/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/07/96	31/07/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/08/96	31/08/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/09/96	30/09/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/10/96	31/10/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/11/96	30/11/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/12/96	31/12/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
Total días		270			\$ 2.523.455,00	\$ 9.346,13	\$ 280.383,89

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

				Año 1997			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/02/97	28/02/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/03/97	31/03/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/04/97	30/04/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/05/97	31/05/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/06/97	30/06/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/07/97	31/07/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/08/97	31/08/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/09/97	30/09/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/10/97	31/10/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/11/97	30/11/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/12/97	31/12/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
Total días		360			\$ 2.064.060,00	\$ 5.733,50	\$ 172.005,00

				Año 1998			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	203.826,00	6.794,20	\$ 203.826,00		
01/02/98	28/02/98	30	204.000,00	6.800,00	\$ 204.000,00		
Total días		60			\$ 407.826,00	\$ 6.797,10	\$ 203.913,00

CÁLCULO TODA LA VIDA LABORAL							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual
1976	303	0,41	76,19	183,63	\$ 1.770,00	\$ 325.017,59	\$ 3.282.677,70
1977	365	0,52	76,19	146,01	\$ 1.880,30	\$ 274.544,68	\$ 3.340.293,65
1978	162	0,67	76,19	113,44	\$ 2.430,00	\$ 275.660,26	\$ 1.488.565,40
1988	227	5,12	76,19	14,87	\$ 103.400,00	\$ 1.537.359,69	\$ 11.632.688,33
1989	365	6,57	76,19	11,60	\$ 114.500,00	\$ 1.328.704,42	\$ 16.165.903,73
1990	365	8,28	76,19	9,20	\$ 138.800,00	\$ 1.277.080,55	\$ 15.537.813,37
1991	365	10,96	76,19	6,95	\$ 185.190,00	\$ 1.287.254,84	\$ 15.661.600,61
1992	365	13,90	76,19	5,48	\$ 226.060,00	\$ 1.238.996,36	\$ 15.074.455,70
1993	365	17,40	76,19	4,38	\$ 425.540,00	\$ 1.863.855,25	\$ 22.676.905,58
1994	365	21,33	76,19	3,57	\$ 531.835,00	\$ 1.899.896,97	\$ 23.115.413,16
1995	360	26,15	76,19	2,91	\$ 627.640,00	\$ 1.828.891,95	\$ 21.946.703,44
1996	270	31,24	76,19	2,44	\$ 280.383,89	\$ 683.880,88	\$ 6.154.927,89
1997	360	38,00	76,19	2,01	\$ 172.005,00	\$ 344.901,70	\$ 4.138.820,42
1998	60	44,72	76,19	1,70	\$ 203.913,00	\$ 347.440,95	\$ 694.881,91
Total días	4297	IB.L 2012					\$ 160.911.650,88
							\$ 1.123.423,21
Pensión					Tasa de reemplazo	49%	\$ 550.477,37

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la providencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

No se impone a ROSA CAROLINA ARAGÓN SIRTORI por estar representada por Curador Ad Litem.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de julio de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

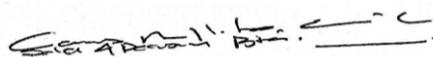
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2016-00599 -01.

Demandante: **INGRIS LUCIA GONZÁLEZ ÁVILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

AUTO

Se señalan a cargo de la demandante como agencias en derecho la suma de \$500.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written over a light grey rectangular background.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

Se resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ** promoviese contra **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo del 26 de noviembre de 2014 al 25 de noviembre de 2017; y que la relación laboral terminó por causa imputable al empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías con su respectiva sanción por falta de pago, vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, y aportes a seguridad social en pensión, salud, y riesgos laborales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Suscribió el contrato de prestación de servicios n° 042-14 con el objeto de apoyar a la empresa en el desarrollo de funciones asociadas al tránsito y a la seguridad vial; **2)** El contrato se pactó como plazo de duración un mes contado a partir del 26 de noviembre de 2014, teniéndose como remuneración \$616.000 y auxilio de transporte por valor de \$72.000; **3)** El 26 de diciembre de 2014, 26 de marzo, 24 de julio, 24 de octubre, 24 de noviembre, 24 de diciembre de 2015, 26 de marzo, y 01 de julio de 2016 se suscribieron los contratos de prestación de servicios n° 043-14, 023A-15, 045-15, 073-15, 083-15, 098-15, y 39D-16; por lo que, prestó sus servicios de manera ininterrumpida hasta el 31 de diciembre de 2016; **4)** Cumplía sus funciones de manera personal, atendiendo las instrucciones y órdenes de su empleador, y en cumplimiento de un horario de trabajo; y **5)** Le hicieron entrega de una liquidación por valor de \$736.987.

2. Respuesta a la Demanda.

NETWORK INGENIERÍA S.A.S. (fls. 70 a 87 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda. No propuso excepciones de mérito.

Aceptó la suscripción de los contratos de prestación de servicios n° 042-14, 043-14, 023A-15, 045-15, 073-15, 083-15, y 098-15, el 26 de noviembre, 26 de diciembre de 2014, 26 de marzo, 24 de julio, 24 de octubre, 24 de noviembre, y 24 de diciembre de 2015.

Adujo que el 26 de marzo, de 2016 celebró con el demandante el contrato de prestación de servicios n° 016-15 que se extendió hasta el 25 de junio de 2016; que del 26 al 30 de junio de 2016 no existió ningún tipo de contrato; que el 01 de julio de 2016 celebró el contrato de trabajo a término fijo por seis meses, el que terminó con justa causa el 31 de diciembre de 2016, por expiración del plazo fijo pactado; que el contrato en ningún momento se prorrogó hasta el 25 de noviembre de 2017; que durante el tiempo perduró la relación laboral pagó salarios y prestaciones sociales en debida forma; y que previo a la celebración del contrato de trabajo lo que existió fueron diversos contratos civiles, pues el demandante en el ejercicio de tales servicios gozaba de autonomía técnica, financiera y administrativa.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que, del acervo probatorio recolectado es dable determinar que, el demandante fue vinculado a la demandada a través de sendos contratos de prestación de servicios, por lo que estaba acreditado el elemento de la prestación del servicio por parte del actor, correspondiéndole al empleador desvirtuar que el elemento de la subordinación; que del interrogatorio de parte de la demandada se logra establecer que no había una continuidad en los servicios ejecutados por el actor, que había flexibilidad en el cumplimiento de la jornada de trabajo, y que gozaba de autonomía para llevar a cabo su labor; que de los testigos no se puede determinar de quien recibía órdenes el demandante ni quien le efectuaba su pago; que no se demostró que sobre el accionante se ejerciera subordinación; que mientras existió entre las partes una relación laboral, esta se ejecutó de conformidad con la ley; y que no se tiene certeza de la terminación del contrato por parte del empleador, le solicitaron que pasara una renuncia, y al ver que no lo hizo, fue reubicado, de lo que es dable colegir que el demandante tenía pleno conocimiento que le iban a terminar su contrato de trabajo y que no se lo iban a renovar.

4. Argumentos Del Recurrente.

La **parte actora** manifestó que el fallo atenta contra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues existe una indebida valoración de las pruebas aportadas, como quiera que si bien de los testigos se puede determinar que estos prestaban sus servicios en forma temporal, esto era diferente frente al demandante, estos testigos únicamente informan lo que ven cuando van a trabajar; que el demandante fue enfático en afirmar que recibía órdenes de “Erika” como de Ricardo José Peña Lindarte, así no este acreditado que todos los días se le impartían; y que las pruebas dan evidencia que los contratos fueron prorrogados en el tiempo, lo que permite determinar que no fue intención del empleador que el trabajador abandonara su labor.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable deprecar que entre las partes existió en adición al contrato a término indefinido como abogado, otro, en la condición que el actor tuvo de Gerente o Representante Legal? y, ¿se incurrió en un despido sin justa causa, en virtud del despido del trabajador como consecuencia del reconocimiento de su pensión de vejez?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Principio de la Primacía de la Realidad.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

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

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

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

En el plenario se encuentra acreditado que entre el demandante y NETWORK INGENIERÍA S.A.S. se celebraron diversos contratos de prestación de servicios con el objeto de que el demandante prestara sus servicios de apoyo logístico, con las siguientes vigencias: 1) 042-14 del 26 de noviembre al 25 de diciembre de 2014; 2) 043-14, del 26 de diciembre de 2014 al 25 de marzo de 2015; 3) 023A-15 del 26 de marzo al 25 de julio de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

2015; 4) 045-15 del 26 de julio al 25 de octubre de 2015; 5) 073-15 del 26 de octubre al 25 de noviembre de 2015; 6) 083-15 de 26 de noviembre al 25 de diciembre de 2015; 7) 098-15, del 26 de diciembre de 2015 al 25 de marzo de 2016; y 8) 016-15, del 26 de marzo al 25 de junio de 2016 (fls. 23 a 36 del archivo 01).

Aunado a ello, se allegó contrato de trabajo a término fijo, en el que se establece que el 01 de julio de 2016, el demandante fue contratado por NETWORK INGENIERÍA S.A.S. para desempeñar el cargo de Coordinador Personal de Apoyo Logístico, con una remuneración de \$689.454 (fls. 37 a 42 del archivo 01); relación laboral que finiquitó el 31 de diciembre de 2016, señalándose como causa de terminación la expiración del plazo fijo pactado, lo que se advirtió mediante correo electrónico remitido el 13 de diciembre de 2016 (fl. 107 del archivo 01). En suma, se pagó la correspondiente liquidación final de prestaciones sociales (fl. 43 del archivo 01).

De esta manera, es claro que el demandante tuvo una vinculación laboral formalmente con la empresa demandada sólo a partir del 01 de julio de 2016, encontrándose que durante el periodo previo, esto es, desde el 26 de noviembre de 2014, la vinculación fue mediante contrato de prestación de servicios, de los que es dable deprecar que el actor prestaba servicios de apoyo logístico, desarrollando funciones de logística en áreas de tránsito y seguridad vial; misma función de la que dio cuenta el representante legal de la demandada al rendir interrogatorio de parte, por lo que, se considera que se encuentra acreditado el elemento de la prestación personal del servicios, por ende, se presume que la relación existente entre las partes era de índole laboral, correspondiéndole a la demandada la carga de desvirtuar el elemento de la subordinación.

Al respecto, comparecieron al plenario en calidad de testigos **Carilin Cera Carrillo y Anderson Daniel Vargas Amador**. No obstante, la primer testigo da cuenta que ingresó a laborar en abril del 2016, que se encargaba ubicar los carros en el estacionamiento de *PriceSmart* y hacer todo lo referente a movilidad; y que laboró hasta el año 2018; que estuvo en el tiempo que el actor estaba con contrato de trabajo, por lo que, este ejercía labores de coordinación, por lo que, no le consta de forma directa la mayor

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

parte del tiempo que el accionante estuvo mediante contrato de prestación de servicios, por demás que hace alusión a hechos referentes a subordinación, tales como que, pese a que ella estaba mediante contrato de prestación de servicios, cumplía un horario de trabajo, tenía una hora de llegada y salida, hacer una bitácora donde todo quedaba controlado para que al día siguiente se encontrara todo organizado.

El segundo, también mencionó que se vinculó en mayo o junio de 2016, es decir en una fecha muy cercana a la data en que el accionante empezó a prestar sus servicios mediante contrato de trabajo, por lo que, al igual que a la anterior testigo, no le consta de forma directa gran parte de la ejecución de los servicios que prestaba el actor. Igualmente, también hace alusión a elementos de subordinación, tales como, que cumplía un horario de 9:00 A.M. a 7:00 A.M. aunque sólo trabajaba fines de semana, efectuando labores en *PriceSmart* de apoyo en el tráfico de vehículos y de las personas que ingresaban en el almacén; y que debía firmar asistencia dentro de *PriceSmart*.

En consecuencia, con las declaraciones aludidas si bien no es dable tener por acreditado el elemento de la subordinación, tampoco es suficiente para tener por desvirtuada dicha subordinación. Igualmente, del interrogatorio de parte rendido por el demandante tampoco se evidencia que este hubiese incurrido en confesión, puesto que manifestó que estaba sometido a horario de trabajo e incluso que, el encargado de realizar seguimiento del cumplimiento de sus actividades era la Gerente Erika Espinosa, a quien debía presentarle informes, enviándoselos regularmente a su asistente, Esteban Parada.

En este punto, se esclarece que no desconoce la Sala que el representante legal de la demandada fue claro en manifestar que el demandante gozaba de autonomía y que no estaba sujeto a ningún tipo de subordinación, sin embargo, su declaración no es suficiente para tener por desvirtuado la presunción del artículo 24 del C.S.T., pues es claro que la finalidad principal de un interrogatorio de parte es lograr la confesión, por demás que a las partes no le es dable constituir su propia prueba (CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

En consecuencia, se considera que al no ser desvirtuado el elemento de la subordinación, se impone REVOCAR la sentencia, y en su lugar DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo del 26 de noviembre de 2014 al 31 de diciembre de 2016, sin solución de continuidad.

Al punto, téngase en cuenta que se declara una relación laboral sin solución de continuidad, pues si bien no existe constancia que entre el 26 y el 30 de junio de 2016 se prestaron servicios por parte del actor, lo cierto es que, CSJ SL4816-2015 reiterada en la CSJ SL2857-2021, ha establecido una férrea postura encaminada a instituir que tratándose de la terminación y suscripción de nuevos contratos de trabajo en donde ha mediado cortos períodos de tiempo, es plausible tener la existencia de una sola relación laboral.

Prestaciones Sociales y Vacaciones.

Consecuencia de la anterior revocatoria, es dable imponer condena por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, y dado que dentro del escrito de contestación no se encuentra que se hubiere propuesto la excepción de prescripción, se reconocerán tales conceptos, teniendo en cuenta que el salario que el demandante siempre devengó fue el salario mínimo legal.

No se incluirán las prestaciones sociales y vacaciones del 01 de julio al 31 de diciembre de 2016, como quiera que se aceptó por parte del actor en interrogatorio de parte que ya fueron pagados en su totalidad, por demás que obra a folio 43 del archivo 01, liquidación definitiva de prestaciones sociales, donde consta el aludido reconocimiento económico.

Así las cosas, se tiene que se adeuda por concepto de prestaciones sociales del 26 de noviembre de 2014 al 30 de junio de 2016, los siguientes conceptos y valores: cesantías de 2014, \$59.888,89; 2015, \$644.350; y 2016, \$344.727,50. Intereses a las cesantías de 2014, \$698,70; 2015, \$77.322; y 2016, \$59.622,60. Prima de servicios, \$59.888,89; 2015, \$644.350; y 2016 \$344.727,50. Vacaciones del 26 de noviembre de 2014 al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

25 de noviembre de 2015, \$322.175; y del 26 de noviembre de 2015 al 30 de junio de 2016, \$229.081.

Por tanto, por concepto de prestaciones sociales y vacaciones causados durante la vigencia de la relación laboral se debió pagar un total de **\$2'786.832,08**. Frente al valor de los intereses a las cesantías de 2016 se aclara que el valor que se debió pagar al haberse laborado el año completo era la suma de \$82.734,60, sin embargo, se pagó en la liquidación definitiva de prestaciones sociales la suma proporcional por un tiempo de valor de 180 días de \$23.112, es por ello que se impone como suma a pagar \$59.622.60.

Aportes a Seguridad Social.

En CSJ SL3009-2017, se tiene dicho que frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de **salud y riesgos laborales** que lo que resulta dable exigir es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por tal omisión por parte del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, por manera que, al no haber sido acreditado tales presupuestos en juicio no es dable acceder a su reconocimiento.

En lo que respecta a **pensiones**, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria, *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley”*. Igualmente, el artículo 17 *ejusdem* dispone que *“durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”*, y el artículo 22 *ejusdem* señala el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, y que el *“empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*.

Así las cosas, considera la Sala que en principio sería dable imponer al empleador la condena por aportes al sistema general en seguridad social

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

en pensiones por el periodo que estuvo regido por contrato de prestación de servicios, 26 de noviembre de 2014 al 30 de junio de 2016, no obstante, dentro del plenario no se demostró la afiliación del trabajador al sistema general de seguridad social, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo que procedería es el pago a través de cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones que elija el trabajador teniendo como I.B.C. el salario mínimo legal vigente (CSJ SL4328-2021).

Sanciones Moratorias.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las **sanciones moratorias**, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o de la fecha consignación de las cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía y el desembolso de sus intereses, o el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que no hay lugar a la imposición de dichas sanciones, pues si bien se declaró la existencia de un contrato de trabajo, del acervo probatorio no se logra determinar si existió fehacientemente subordinación, elemento fundamental que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

caracteriza el contrato de trabajo; por el contrario, del dicho del testigo Anderson Daniel Vargas Amador se logra extraer que los servicios que se presta como Operador de Apoyo Logístico puede ser pactado de forma autónoma por parte de los servidores con el respectivo empleador, estableciendo de manera consensuado su propio horario de trabajo, por manera que, en tal sentido era dable que el empleador entendiera que estaba frente a un contrato de prestación de servicios.

Por tanto, en tales condiciones es dable determinar que pese a la declaratoria del contrato de trabajo el empleador ha actuado con buena fe, máxime si se tiene en cuenta que, a partir del 01 de julio de 2016, la relación contractual mutó de un contrato de prestación de servicios a uno de índole laboral, en el que se avizora el ánimo de parte del empleador de que enmendar cualquier tipo de controversia frente a la vinculación del actor. En consecuencia, se absolverá de la imposición de tales sanciones.

Por lo anterior, se CONDENARÁ a la demandada a pagar los rubros objeto de condena debidamente indexados. La Sala, no se adentra al estudio de la indemnización por despido sin justa causa, pues esta no fue objeto de impugnación.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

A. DECLARAR que entre EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ y NETWORK INGENIERÍA S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 26 de noviembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2016, sin solución de continuidad.

B. CONDENAR a NETWORK INGENIERÍA S.A.S. a reconocer y pagar a favor de EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ por concepto de **prestaciones sociales y vacaciones** dejadas de pagar del 26 de noviembre de 2014 al 30 de junio de 2016, la suma de **\$2'786.832,08.**; rubro que se deberá reconocer debidamente **indexado** al momento hacerse efectivo su pago.

C. CONDENAR a NETWORK INGENIERÍA S.A.S. a reconocer y pagar a favor de EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ los **aportes a seguridad en social en pensiones** dejados de pagar del 26 de noviembre de 2014 al 30 de junio de 2016, previo calculo actuarial que realice el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador o donde este elija, teniendo como I.C.B. el salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

D. ABSOLVER a NETWORK INGENIERÍA S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2017-00271 -01.

Demandante: **EDGAR EDUARDO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.**

Demandado: **NETWORK INGENIERÍA S.A.S.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que la **parte actora, AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 26 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ** adelanta contra los demás recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 27 de enero de 2010 (sic) con AVIANCA S.A.; que las demandadas son solidariamente responsables de las condenas que se impongan; que debe percibir el mismo salario de los trabajadores de planta de AVIANCA S.A., así como los beneficios contemplados en el plan voluntario de beneficios; y que al momento de su despido gozaba de estabilidad laboral reforzada. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro junto con el pago de salarios dejados de percibir desde su despido; indemnización de 180 día de salario de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; diferencia salarial dejada de percibir, así como el reajuste de la prima de servicios, vacaciones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

cesantías, e intereses a las cesantías; dotación; sanción por no consignación de las cesantías; e indexación.

Subsidiariamente, solicita indemnización por despido sin justa causa, y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Las demandadas comparten la misma sede administrativa; **2)** Para ingresar a trabajar a AVIANCA S.A. participó en un proceso continuo de selección conocido como semillero desde el mes de septiembre de 2006; **3)** Ingresó a laborar el 24 de noviembre de 2006 a AVIANCA S.A. por intermedio de SERVICOPAVA, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Operaciones Terrestres; **4)** Para ingresar a las zonas restringidas del Aeropuerto El Dorado debía cargar el carnet de la opain y AVIANCA S.A.; **5)** Sus labores se encuentran detalladas en el Sistema Integral de Gestión de AVIANCA S.A., a las que podía ingresar mediante un usuario y contraseña; **6)** Mediante los líderes operaciones terrestres de SERVICOPAVA se engranaban en la cadena de mando vertical de AVIANCA S.A.; **7)** Las dotaciones y elementos de trabajo provenían de AVIANCA S.A., así como la plataforma donde realizaba sus funciones provenían de esta; **8)** Trabajaba 56 horas, no obstante, nunca le pagaron horas extras; lo que se fijaba a través de la plataforma Sabre; **9)** AVIANCA S.A. fue quien impartió la capacitación y las evaluaciones respectivas del trabajador, lo que se hizo de forma presencial y virtual; **10)** El 21 de marzo de 2017 se nombró como Gerente a Darío Vargas Linares; **11)** AVIANCA S.A. le realizaba evaluaciones de desempeño, le suministraba sus rutas de transporte, y pasajes a los que tenía derecho por disposición de tal empresa; **12)** A partir del 16 de enero de 2015 estuvo reubicado en área de Discrepancias, que era donde se recibían los reportes cuando el número de piezas abordadas en el avión no coincidían con el sistema; **13)** El 15 de julio de 2015 se afilió a la Asociación Nacional de Trabajadores del Sector Aéreo y de Servicios Aeroportuarios- ANTSA; **14)** Al 30 de agosto de 2017 devengaba \$862.056, así como los beneficios del régimen de compensaciones de SERVICOPAVA; con lo que se encontraba en una situación de desigualdad frente a los trabajadores de AVIANCA S.A., pues los trabajadores que estaban vinculados directamente en esta y que desempeñaban las mismas funciones tenían beneficios superiores; **15)**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVAL.**

Mediante Resolución 233 del 08 de mayo de 2012, las demandadas fueron sancionadas al incurrir en intermediación laboral. En 2016, el Ministerio de Trabajo le formuló cargos a las demandadas por tener personal tercerizado; **16)** El 27 de diciembre de 2016 inició un proceso de formalización laboral en AVIANCA S.A., no obstante, entre diciembre de 2016 y agosto de 2017 también se dio inicio al despido masivo de varios trabajadores, y a la par, se iniciaron convocatorias para incorporar personal; **17)** A partir del 14 de septiembre de 2017 se le impidió el ingreso a la empresa, por lo que, tuvo que elevar un derecho de petición el 25 del mismo mes y año, a lo que AVIANCA S.A. respondió que se encontraba suspendido transitoriamente y que le seguiría pagando su salario; **18)** El 09 de octubre de 2017 se solicitó la suspensión de su carnet por parte de la Opain; **19)** En octubre de 2017, las demandadas iniciaron un plan de retiro voluntario, lo que no aceptó; **20)** El 27 de noviembre de 2017 se le informó su desvinculación a partir del 30 del mismo mes y año; **21)** El 17 de agosto de 2012 sufrió un accidente de trabajo cuando al manipular equipajes pesados sintió un fuerte dolor incapacitante en su espalda; motivo por el que durante un mes fue reubicado en las funciones de lectura de etiquetas de los equipajes, sin embargo, una vez transcurrió tal mes y al retornar a sus labores su situación de salud se agravó; **22)** El 11 de mayo de 2014 se logró verificar que presentaba una discopatía lumbar L4-L5 y L5-S1, por lo que, el 16 de enero de 2015 se le volvió a reubicar en su puesto de trabajo; **23)** En dictamen del 20 de enero de 2016, A.R.L. Equidad determinó que presentaba un P.C.L. del 12,10%; luego, el 09 de marzo de 2017 se calificó su P.C.L. por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien lo fijó en un 13,7%; **24)** Desarrolló un síndrome de manguito rotador y bursitis de hombro derecho, que no han sido calificados; **25)** El 19 de diciembre de 2017 instauró acción de tutela, la que fue concedida a través de la sentencia de tutela del 13 de febrero de 2018 por parte del Juzgado 46 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá; **26)** El 22 de febrero de 2018 fue citado por las demandadas para dar cumplimiento a la orden de tutela; y **27)** El 30 de noviembre de 2018 le fue terminado nuevamente el contrato de trabajo; **28)** El 18 de enero de 2019 inició incidente de desacato, no obstante, el juzgado de conocimiento se abstuvo de dar inicio a este.

2. Respuesta a la Demanda.

AVIANCA S.A. (fls. 46 a 63 y 116 a 130 del archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó lo atinente al proceso de formalización laboral dentro de la empresa; la reubicación del trabajador; y el diagnóstico de discopatía lumbar que presentaba el actor al momento del despido.

Adujo que el actor nunca fue contratado laboralmente por AVIANCA S.A.; que no tuvo injerencia en las decisiones de SERVICOPAVA frente al actor, como por ejemplo al momento en que se le dio terminación de su contrato de trabajo; que las labores desplegadas por el demandante son ajenas a su objeto principal de la sociedad, por demás que SERVICOPAVA obraba con plena libertad y autonomía en el desarrollo de sus servicios; y que el demandante no acredita una pérdida de capacidad laboral que sea objeto de protección por estabilidad laboral reforzada.

Por su parte, **SERVICOPAVA** (fls. 257 a 292 del archivo 05), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó que la capacitación que recibió el actor se hizo a través de un aplicativo de AVIANCA S.A.; la reubicación del demandante en el área de Discrepancias desde el 16 de enero de 2015; las convocatorias para el ingreso de personal que se hizo a partir de septiembre de 2017, y que esto hacía parte del proceso de formalización laboral de AVIANCA S.A.; la restricción del actor de ingresar a trabajar el 14 de septiembre de 2017, como consecuencia de que se encontraba suspendido transitoriamente, con el correspondiente pago de salario; el accidente de trabajo que el accionante sufrió el 12 de agosto de 2012, así como que fue objeto de diversas recomendaciones médicas que fueron acatadas por la empresa; y el reintegro que se presentó como consecuencia de la acción de tutela

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVAL.**

instaurada por el actor, así como que el juzgado de conocimiento se abstuvo de iniciar incidente de desacato.

Manifestó que no ha existido un contrato de trabajo con el actor, y por el contrario, lo que se celebró fue un acuerdo cooperativo que fue aceptado por las partes voluntariamente desde el 24 de noviembre de 2006; que el acuerdo cooperativo finalizó por la terminación de la oferta mercantil con AVIANCA S.A., lo que incluso llevó a la liquidación de la cooperativa; que el demandante hizo cursos de cooperativismo y solicitaba permisos a SERVICOPAVAL; que como trabajador de la cooperativa se le reconocía compensaciones y los conceptos establecidos en los estatutos de esta; que en la actualidad por su estado de liquidación existe una imposibilidad de tener trabajando al demandante, por demás que no hay un nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor; y que no se encuentra acreditado que el accionante tenga un P.C.L. que permita establecer que se trata de un trabajador amparado por estabilidad laboral reforzada por su condición de salud.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y AVIANCA S.A., existió un contrato de trabajo que se extendió desde el 24 de noviembre de 2006 y el 30 de noviembre de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR solidariamente responsable a las demandadas de las obligaciones económicas causadas en favor del actor y objeto de condena.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas a reconocer y pagar al demandante, los siguientes conceptos:

- A.** La suma de \$27'070.236 por concepto de indemnización no consignación de prestaciones sociales a un fondo.
- B.** La suma de \$6'537.586 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá pagarse debidamente indexada desde que se hizo exigible y hasta cuando se verifique su pago.

CUARTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción en relación con los derechos causados con anterioridad al 08 de junio de 2015 y **DECLARAR NO PROBADAS** las demás excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las partes demandadas. Tásense.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que entre las demandadas se suscribieron ofertas mercantiles para que SERVICOPAVA prestara servicios en el área de operaciones terrestres; que en virtud de lo anterior, el actor fue vinculado por SERVICOPAVA y fue remitido a AVIANCA S.A. a prestar sus servicios como Auxiliar en Tierra; que del acervo probatorio es dable establecer que las funciones desarrolladas por el demandante eran controladas y supervisadas por el Gerente de Operaciones Terrestres, Gerente de Calidad, y Líderes, quienes además impartían instrucciones sobre el modo, lugar y momento de la correcta ejecución de sus funciones, por demás que estas hacían parte del objeto social de AVIANCA S.A.; que aunado a lo anterior, las capacitaciones eran impartidas desde plataformas virtuales de AVIANCA S.A., y por parte de esta se efectuaban supervisiones y controles en la forma en que los trabajadores realizaban su labor, por demás que la labor se hacía en las instalaciones y con las herramientas que proporcionaba dicha empresa; que las labores desplegadas por el accionante estaban correlacionadas con el objeto social de AVIANCA S.A.; que por lo anterior, el verdadero empleador era AVIANCA S.A., y SERVICOPAVA un mero intermediario, por lo que resultan solidariamente responsables de las condenas que se impongan; que para que efectos de la nivelación salarial deprecada, el actor allegó comprobantes de nómina de los trabajadores José Ángel León Cárdenas y Héctor de Jesús Aristizabal Toro, sin embargo, no se demostró el trato diferencial en materia salarial, puesto que frente al primero, no se acreditó fehacientemente que desempeñara el mismo cargo del demandante, y respecto del segundo, ejecutaba funciones diferentes a las que desplegaba el accionante; que de la prueba documental, así como del interrogatorio de parte del demandante es dable deprecar que le eran pagadas compensaciones anuales, rendimientos, que es asimilable a las cesantías, intereses a las cesantías, luego, de tales rubros es dable predicar su compensación, por demás que sobre los valores causados con anterioridad al 08 de junio de 2015 están afectadas por el fenómeno prescriptivo, pues se demandó el mismo día y mes de 2018 sin que obre petición previa a tal data; que no está acreditado el perjuicio por la falta de suministro de dotación; que está demostrado un plan de beneficios para los trabajadores de AVIANCA S.A., no obstante, este se otorgaba en función de los logros previstos sin que exista una prueba que dé cuenta del rendimiento del actor;

que no es dable imponer sanción moratoria, pues no se demostró que se adeudara alguna diferencia salarial o prestacional; que no el accionante no era beneficiario de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, puesto que la terminación de su contrato de trabajo fue consecuencia de la liquidación de SERVICOPAVA; que la anterior razón para finiquitar una relación laboral es una causa legal, pero no justa causa, por lo que, hay lugar al reconocimiento de la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T., la que debe pagarse debidamente indexada; que se debe reconocer la sanción por no consignación de las cesantías, como quiera que hubo prácticas de intermediación laboral, que incluso fueron objeto de sanción por parte del Ministerio de Trabajo, por lo que no era dable considerar que se actuó de buena fe; y que la sanción aludida se impuso conforme a los salarios acreditados en los diversos comprobantes de nómina, teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** explicó que hay lugar a estabilidad laboral reforzada, dado que del acervo probatorio es dable establecer que el demandante estaba en una condición de debilidad manifiesta, pues tenía restricciones médicas, de modo que al estar el trabajador inmerso en tal escenario, era necesario que el empleador acudiera al Ministerio de Trabajo.

Por su parte, **AVIANCA S.A.** señaló que no ejerció actos de subordinación, puesto que el demandante no sólo acepta haber suscrito de manera libre y voluntaria el contrato de asociación, sino que aceptó recibir compensaciones anuales y semestrales, realizó cursos de cooperativismo, fue reubicado por parte de SERVICOPAVA, que esta quien le dio por terminado su contrato de trabajo, quien le pagaba, lo tuvo afiliado a seguridad social, y le otorgaba permisos; que el testigo de la parte actora fue tachado, por demás que habló únicamente de su situación personal; que se confundió la subordinación con la coordinación, pues las meras recomendaciones que se hacían por parte de trabajadores de AVIANCA S.A. no da cuenta de la existencia de un acto subordinante, máxime cuando era SERVICOPAVA quien efectuaba el poder disciplinario; que no hay prueba de la asignación de turnos por parte de AVIANCA S.A., para esta únicamente

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

era importante que se cumpliera la oferta mercantil que tenía con SERVICOPAVA; que las actividades del actor distan del objeto social de AVIANCA S.A., es por ello que eran delegadas en virtud del artículo 333 constitucional; que se demostró la libertad y autonomía de SERVICOPAVA, lo que hacía a través de sus líderes; que en su momento el juez constitucional ordenó el reintegro del actor a SERVICOPAVA como empleador; que la misma ley de cooperativismo permite a las empresas laborar con herramientas del cliente, siempre y cuando exista un contrato que lo formalice, como lo es el contrato de comodato; que sí hay una justa causa de terminación, pues finalizó por la finalización de la oferta mercantil de las demandadas, de manera que si se terminaba existió una causal objetiva; y que se actuó con pleno convencimiento que se estaba actuando de conformidad con las normas de cooperativismo, motivo por el que no se consignaron cesantías, pues siempre se honró la relación comercial que se tenía con SERVICOPAVA.

Finalmente, **SERVICOPAVA** adujo frente al contrato de trabajo que el demandante fue vinculado a través de un convenio asociativo, en virtud de una oferta mercantil que existió entre las demandadas, oferta que se hizo de manera voluntaria sin que existiera un vicio del consentimiento en tal acto; que el actor al momento de ingreso un curso de cooperativismo, se devolvieron las correspondientes compensaciones, sin que se presentara queja alguna durante el transcurso de la relación contractual; que no se entiende como se reconoce sanción por no consignación de las cesantías, pues este rubro se cae de su peso, al no hacer parte de las normas que rigen el cooperativismo, por demás que se le pagaron las correspondientes compensaciones anuales, y el demandante hizo uso de estas; que por lo anterior, se actuó de buena fe, y con el pleno convencimiento que estaban obrando conforme a la ley; y que frente al despido injusto, no hay lugar a pagar indemnización, pues se le terminó el vínculo como consecuencia de la expiración de la oferta mercantil, no se tenía donde reubicar al actor.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

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

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable deprecar que el verdadero empleador del actor era AVIANCA S.A. en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas?, ¿se incurrió en un despido sin justa causa de terminación del contrato de trabajo?, y ¿es dable imponer condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías en un fondo?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Contrato de Trabajo y de los Convenios de Asociación a Cooperativas de Trabajo Asociado.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario, como retribución del servicio; y a renglón

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

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

Por su parte, CSJ Rad. 39377 del 29 de junio de 2011, reiterada en la CSJ SL12872-2017 ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción; en sentencia del

Por otra parte, el convenio de asociación encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación cooperativa que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado, tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

De la normatividad señalada, se concluye entonces que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, -salvo las excepciones autorizadas por ley- y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de *trabajadores y gestores* de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular, de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza la actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, lo que desata la consecuencia jurídica también dispuesta en dicha normativa según la cual, cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Efectuadas las anteriores precisiones, se encuentra acreditado en juicio: **i)** la suscripción entre el demandante y SERVICOPAVA de un convenio de asociación el 24 de noviembre de 2006, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Asistente en Tierra, lo que incluía preparar y ejecutar la logística para el cargue, descargue y alistamiento de las aeronaves atendidas por AVIANCA/SAM y aerolíneas clientes (fls.24, 25, y 31 del archivo 01); **ii)** La aceptación por parte de AVIANCA S.A. el 05 de febrero de 2009 de la Oferta Mercantil de SERVICOPAVA, para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos (fls. 482 a 494 del archivo 01); **iii)** la celebración de un contrato de comodato o préstamo de uso entre AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA de bienes inmuebles exclusivamente para realizar las actividades y prestar los servicios objeto de la oferta mercantil DE-008 del 01 de agosto de 2003; lo que se extendió a la oferta mercantil del 05 de febrero de 2009 mediante otro si n° 1 (fls. 495 a 512 del archivo 01 y 2 a 323 del archivo 03); **iv)** El 28 de septiembre de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

2017, AVIANCA S.A. informó a SERVICOPAVA la terminación del contrato surgido de la oferta mercantil celebrada entre estas (fl.323 del archivo 03); **v)** El 27 de noviembre de 2017, SERVICOPAVA le comunicó al actor que su contrato de trabajo terminaría el 30 del mismo mes y año, por la terminación de la oferta mercantil que dio origen al puesto de labor asociativa (fls.163 a 165 del archivo 01); **vi)** El reintegro del actor como consecuencia de la acción de tutela que instauró (fls. 239 a 260 del archivo 01); **vii)** El 21 de marzo de 2018, SERVICOPAVA fue declarada disuelta su disolución y en estado de liquidación (fls. 460 a 465 del archivo 03); y **viii)** Le fue terminado nuevamente el contrato de trabajo el 30 de noviembre de 2018 ante la imposibilidad material de asignarle un nuevo puesto de trabajo (fls. 66 y 67 del archivo 01).

Ahora bien, de conformidad con los elementos probatorios allegados, es necesario destacar que al demandante expresamente se le asignaron funciones a favor de AVIANCA S.A., lo que se puede extraer del documento del 18 de abril de 2012 obrante a folio 31 del archivo 01, en el que se señala que el actor debía preparar y ejecutar la logística para el cargue, descargue, y alistamiento de aeronaves, atendidas por AVIANCA/SAM, y aerolíneas clientes, así como la selección de equipajes, movimiento de aeronaves, rampa, aseo y presentación, porters, etc.

Del mismo modo, en interrogatorio de parte el **representante legal de SERVICOPAVA** informó que el actor tenía las funciones de Auxiliar de Asistencia en Tierra asignado al proceso que la cooperativa desarrollaba con AVIANCA S.A., en virtud del contrato mercantil que tuvieron ambas empresas hasta el 2017.

Con base en las pruebas hasta aquí analizadas, se verifica que existió una prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de AVIANCA S.A. Por ende, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, la Sala se adentrará a analizar la situación particular del trabajador, y de evidenciarse que se usó direccionamientos para encubrir un verdadero contrato de trabajo, se impone la declaración de este último, debiendo entonces la pasiva desvirtuar que ejerció algún tipo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

de acto de subordinación, recuérdese que el papel de la cooperada es al mismo tiempo el de trabajadora y socia.

En ese orden, se verificará si AVIANCA S.A. actuó en realidad como empleadora, para lo cual téngase en cuenta que según los lineamientos de la Ley 79 de 1988 y sus Decretos Reglamentarios 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011, la Cooperativa puede, en atención a su facultad de autogobierno, establecer como normas sociales en sus estatutos, el direccionamiento del servicio mediante horarios y controles correccionales que en manera alguna deben entenderse como subordinación.

Valga además señalar que, las normas antes reseñadas prohíben la desnaturalización del trabajo asociado y la prohibición de las cooperativas para actuar como empresas de servicios temporales, no obstante, de presentarse tal escenario, la consecuencia sería considerar al trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se benefició con su trabajo; en este asunto, AVIANCA S.A., de conformidad con los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006.

Así las cosas, y contrario a lo expuesto por las demandadas al presentar el respectivo recurso de apelación, se encuentra que las acciones desplegadas por AVIANCA S.A. no fueron las de un mero coordinador, ejerciendo para ello un direccionamiento a través de horarios y controles correccionales; por el contrario, del acervo probatorio se puede verificar no sólo que no se logró desvirtuar el aludido elemento de la subordinación, sino además que este se presentó en la realidad, dentro de la relación que tuvo el actor con AVIANCA S.A.

En efecto, el testigo Carlos Andrés Murcia Perilla, - testimonio que se analiza al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento y las reglas de la sana crítica- fue claro en manifestar que además de que el demandante estaba sometido a un horario, prestaba sus servicios directamente para AVIANCA S.A., realizaba funciones tales como, manejar equipajes, vaciar bodegas, y sacar mercancías; en suma, que cuando al actor se le dio la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

condición de restricción médica, debía contar equipaje ejecutivo y turístico, y abrir escotillas.

De igual manera, dicho testigo manifestó que el demandante recibía órdenes directas de personal de AVIANCA S.A., así como por intermedio de líderes de SERVICOPAVA, quienes en todo caso recibían previamente directrices de AVIANCA S.A.; que el trabajo del actor estaba directamente relacionado con el objeto social de AVIANCA S.A.; que las inducciones las impartían en las instalaciones y con personal de AVIANCA S.A.; que la asignación de turnos se podía verificar en aplicativos de AVIANCA S.A.; que el actor usaba uniformes y carnet con logotipos de AVIANCA S.A.; y que AVIANCA S.A. era quien los tenía asegurados en caso de siniestro.

Lo dicho por tal testigo cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que diversos manuales e inducciones para la prestación de servicios de operaciones terrestres eran elaborados por AVIANCA S.A., tal y como se puede verificar en la documental obrante en la carpeta “*capacitación semillero de operaciones terrestres*” visible en la carpeta 02, en donde se puede apreciar la guía local para atención de emergencias en tierra, inducción a la vida aeroportuaria, Plan de Atención de Emergencias en tierra- PAET 2014, Manuales de Señalización en Rampa, Equipos en Tierra Movimiento y Seguridad en Rampa, Gerencias Operaciones Terrestres, Nuestra Flota, Modulo de Equipajes, Carga y Correo, Manejo de UDLS, e Imagen y Presentación.

Así mismo, obra documental que da cuenta del estándar de las políticas y normas de la presentación personal que debían tener los colaboradores de AVIANCA S.A. en donde se incluye que los colaboradores que se desempeñan en los cargos de Auxiliar de Servicios debían portar una determinada vestimenta, según carpeta “*cartilla los colaboradores emblema de Avianca*” obrante en la carpeta 02; e instructivo de Procedimientos de Operaciones Terrestres, conforme al archivo “*IN_NE0513_01 INSTRUCTIVO DE PROGRAMACIÓN DE PERSONAL DE OPERACIONES TERRESTRES*”, así como las diferencias programaciones que debía cumplir el personal de la aludida área de operaciones terrestres, según documental obrante en la carpeta 06. Igualmente, a folios 99 a 111 del archivo 01 se avizoran diversas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

capacitaciones que fueron impartidas directamente por AVIANCA S.A., o a través de aplicativos de esta.

Así las cosas, considera la Sala que no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, máxime si se tiene en cuenta que de testigos Maryein Yamcet Amado Orozco y Juan Pablo Arbeláez Arango, quienes pese a informar su calidad de Abogada del Departamento Jurídico y Gerente de Operaciones Terrestres en AVIANCA S.A., respectivamente, es dable colegir que la primera tuvo en especial conocimiento del caso, por la situación de salud del demandante, y la tutela que este impetró, por lo que, no le consta de forma directa la forma como ejecutaba el servicio, por demás que en su testimonio en varias ocasiones partió de suposiciones; y el segundo, aunque fue enfático al afirmar que AVIANCA S.A. sólo hacía seguimiento a la oferta mercantil vigente con SERVICOPAVA., que el manejo de turnos del personal de SERVICOPAVA no se controlaba por parte de AVIANCA S.A., y que no le hacían llamados de atención a los operadores de SERVICOPAVA; lo cierto del caso es que no conoció al demandante ni la forma como este ejecutaba sus funciones- pese a ser un hecho cierto que prestó servicio en las instalaciones de la aerolínea – luego, la información que brinda en genérica, ajena a lo que directamente pudo percibir de la situación concreta, por demás que contrario a lo que en forma genérica afirmó el testigo lo que se evidencia con la documental antes aludida es un relacionamiento directo del actor con AVIANCA S.A.

Aunado a lo anterior, se itera, los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006 prohíben a las Cooperativas de Trabajo Asociado actuar como empresas de intermediación laboral, o disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Frente al punto resulta pertinente resaltar que el actor sí prestó un servicio propio del objeto social de AVIANCA S.A., pues si bien en el certificado de existencia y representación legal de ésta no se estipula en su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVAL.**

objeto social expresamente las actividades de cargue, descargue, y/o alistamiento de aeronaves, pues se enfoca en establecer que se dedica al *“transporte aéreo y terrestre en todas sus ramas, incluyendo servicios postales, así como todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas, y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; que realiza servicios de ingeniería, revisión, mantenimiento y reparación de aeronaves y vehículos terrestres accesorios; que fomenta actividades dedicadas al turismo; y que distribuye e importa, máquinas, vehículos y repuestos destinados a transporte aéreo o terrestre”*; lo cierto es, que una inferencia lógica razonable permite entender que la carga y descarga de equipaje, es una actividad directamente ligada con el giro ordinario de los negocios y el objeto social que desarrolla una empresa que se dedica al transporte aéreo de pasajeros, de carga y de servicio postal, como lo es AVIANCA S.A.

En este punto, nótese que así lo señala el artículo 1800 del C.Co prevé que *“se entiende por personal aeronáutico aquellas personas que, a bordo de las aeronaves o en tierra, cumplen funciones vinculadas directamente a la técnica de la navegación aérea”*.

A lo anterior súmese que, conforme a la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas, *“las actividades relacionadas con la manipulación de la carga”*, son actividades complementarias a cualquier tipo de transporte. Dicha clasificación establece:

“DIVISIÓN 52 Almacenamiento y actividades complementarias al transporte

Esta división incluye:

- El funcionamiento de instalaciones de almacenamiento.
- Las actividades complementarias al transporte, tales como el funcionamiento de la infraestructura para el transporte (por ejemplo: aeropuertos, puertos, túneles, puentes, etc.).
- **Las actividades relacionadas con la manipulación de la carga.** • Las actividades de agencias de transporte 5224

(...) Manipulación de carga:

Esta clase incluye:

- La **carga y la descarga de mercancías y equipaje, independientemente del modo de transporte utilizado.**
- Las actividades de estiba y desestiba.
- La carga y la descarga de vagones de carga. Esta clase excluye: • El funcionamiento de las instalaciones terminales de transporte. Se incluye en las clases 5221 «Actividades de estaciones, vías y servicios complementarios para el transporte terrestre»;

Finalmente, frente al punto de apelación de ambas impugnantes referente a la suscripción del contrato de comodato y que ello es válido y logra desvirtuar la subordinación del demandante respecto de la empresa usuaria, debe decirse, que, cuando se demuestra -como en este caso - que las cooperativas o trabajadores asociados no son dueños de los medios de laborales de producción, tal elemento es sin duda un elemento indicativo del carácter aparente del vínculo de trabajo que encubre la pretensión empresarial de deslaborar el personal de una empresa usuaria a través de una entidad que carece de estructura propia y autonomía en su gestión administrativa y financiera.

Este criterio es compatible que el artículo 3.º del Decreto 2025 de 2011, que prevé que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado serán objeto de sanciones cuando «c) (...) *no tenga[n] la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten*». Así, se ratifica la línea jurisprudencial consistente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a que, en el marco del cooperativismo un elemento distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento indicativo que la entidad cooperativa no tiene la capacidad estructural, económica y administrativa para ofrecer un servicio especializado (ver Sentencias CSJ Rad. 30605SL del 17 de octubre de 2008, CSJ SL665-2013, CSJ SL6441-2013, CSJ SL12707-2017 y CSJ SL1430-2018)

Por tanto, se CONFIRMARÁ la declaratoria de un contrato de trabajo, y se procederá a verificar si el demandante era beneficiario de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud.

Estabilidad Laboral Reforzada. Ley 361 de 1997.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 *ejusdem* consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000 se consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVAL.**

ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral «*por razones de su limitación física*», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto (CSJ SL10538-2016, CSJ SL572-2021, CSJ SL1039-2021, y CSJ SL711-2021).

Con ello, *“la Corte ha sido clara a la hora de apartarse de la idea de que la protección de la Ley 361 de 1997 opera ante cualquier contingencia en la salud de los trabajadores, así como del concepto de estado de debilidad manifiesta, para insistir en que esta especial garantía está dirigida a ciertas personas determinadas, con verdaderos estados de discapacidad”* (CSJ SL4825-2020 y CSJ SL3145-2021).

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (Rad. 31062 del 18 de marzo de 2009, rad., CSJ SL14031-2016, CSJ SL6504-2017, CSJ SL13452-2017 y CSJ SL5523-2018) y en sentencia CSJ SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”.*

Del mismo modo, CSJ Rad. 41845 del 18 de septiembre de 2012, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia CSJ SL11411-2017.

En este punto, es pertinente anotar que la Corte Constitucional en sentencia SU-380 de 2021 precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no sólo a las personas con un P.C.L. calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, debe tenerse en cuenta aspectos como: *“(i) el examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”*.

Así mismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (iii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”*.

Sentado lo anterior, no encuentra la Sala que dentro del plenario se hubiere acreditado de forma fehaciente que el actor era objeto de protección por su condición de salud, puesto que si bien del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 09 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

marzo de 2017 se logra determinar que el accionante cuenta con un diagnóstico de “otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral” y “discopatía lumbosacra múltiple con hernia discal” y del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 17 de agosto de 2017 y 25 de enero de 2018 un diagnóstico de síndrome de manguito rotatorio derecho y bursitis del hombro derecho (fls. 175 a 211 del archivo 01), también lo es que no existe prueba alguna que permita determinar que el móvil de la terminación del contrato de trabajo fue dicha condición de salud, pues de la documental obrante a folios 66 y 67 del archivo 03, se denota que el finiquito contractual obedeció a *“una imposibilidad material y jurídica no solo para asignarle un puesto de labor dentro de la Cooperativa porque es inviable tener cargos cuando todas las ofertas mercantiles ya desaparecieron, así como tampoco podemos seguir cancelando sus compensaciones; toda vez que desde el 31 de diciembre de 2017, la Cooperativa no recibe ningún ingreso. Con base en lo expuesto la Cooperativa por medio del presente escrito se permite informarle que al finalizar el día treinta (30) de noviembre de 2018, se le suspenderá el pago de sus compensaciones y su cotización a Seguridad Social Integral con base en las citadas consideraciones, por la causal objetiva y porque mi representada en la actualidad se encuentra DISUELTA y terminado el proceso de liquidación”*.

Por lo anterior, se considera acertada la decisión de la *A Quo* al no evidenciarse que el móvil del despido fue la situación de salud que presentaba el demandante.

Indemnización por despido sin justa causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, a cada una de las partes entradas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente: el trabajador quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido; por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

del contrato de trabajo. (CSJ SL2386-2020, CSJ SL15094-2015 y SL5523-2016, SL592 de 2014, Rad. 431105 y entre otras).

Por tanto, encuentra la Sala que el hecho del despido se acreditó con la aludida carta obrante a folios 66 y 67 del archivo 03, en la que SERVICOPAVA dispuso que el finiquito contractual era por una imposibilidad material y jurídica para asignarle un puesto de labor dentro de la Cooperativa al actor por la desaparición de las ofertas mercantiles que tenía SERVICOPAVA, lo que generó a su vez la disolución y liquidación de esta.

De esta manera, le correspondía a AVIANCA S.A. demostrar la justa causa alegada, no obstante, las razones que fundamentan el despido no se encuentran enlistadas en los artículos 62 y 63 del C.S.T. como justa causa, así como tampoco fue invocada por quien resultó verdadero empleador del actor sino por una persona distinta, esto es, SERVICOPAVA.

Así las cosas, resulta procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa, tal y como lo señaló la *A Quo*, por lo que, se CONFIRMARÁ tal condena.

Sanción por no Consignación de las Cesantías.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción consagrada en numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y CSJ SL1005-2021).

Sentados lo anteriores derroteros, es necesario traer a colación que se impugnó la sanción por no consignación de las cesantías bajo el entendido de dos premisas: i) el reconocimiento total de las cesantías bajo la denominación de compensaciones anuales; y ii) La falta de obligatoriedad de consignar las cesantías, al no estarse frente a un contrato de trabajo.

Al respecto, en interrogatorio de parte, el demandante aceptó el pago de las compensaciones anuales, sin embargo, el empleador echó mano de una figura como el cooperativismo para dejar en cabeza de un tercero sus obligaciones patronales, por lo que, no resulta dable deprecar de su actuar, buena fe. En cuanto al segundo punto, ciertamente en convenios asociativos no es necesario consignar las cesantías, empero, en el caso de marras, quedó demostrada la existencia de un contrato de trabajo, siendo en ese orden de ideas, obligación del empleador consignar las cesantías.

En consecuencia, se considera acertada la condena, y por ende, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2018-00349 -01.

Demandante: **LUIS ALEXANDER PRIETO MUÑOZ.**

Demandado: **AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de mayo de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

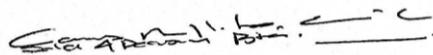
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

Se resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SANDRA PAOLA HURTADO** en nombre propio y de su hija menor, **JENLY MARIANA RENGIFO HURTADO** promoviese contra **T&S TEAMSERVICE S.A.S. y COASPHARMA S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, SANDRA PAOLA HURTADO pretende se declare un contrato de trabajo con las demandadas; la solidaridad entre las demandadas por el accidente de trabajo que tuvo el 12 de agosto de 2016; y que debía percibir un salario de conformidad con la labor que desarrollaba. Como consecuencia de lo anterior, solicita a nombre propio y de su hija, JENLY MARIANA RENGIFO HURTADO el reconocimiento y pago de indemnización total y ordinaria de perjuicios en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro, daño emergente, perjuicios morales, daño a la vida en relación; reajuste salarial, prestacional, e indemnizaciones conforme a su salario real; e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 08 de febrero de 2016 suscribió contrato de trabajo de obra o labor con T&S SERVICE S.A.S., empresa de servicios temporales, que la remitiría en misión a COASPHARMA S.A.S., para desempeñar el cargo de Auxiliar de Envase con un salario de \$689.454; **2)** Le impartían órdenes José Martínez (Supervisor) y Bladimir Molina (Jefe de Planta); **3)** El 07 de marzo de 2016 fue trasladada al cargo de operaria de tabletear, función en la que debía desempeñar la función de manejo de la máquina tableteadora; **4)** El 12 de agosto de 2016 siendo las 10:50 A.M., en la verificación y limpieza de la máquina tableteadora, al hacer inspección y encender esta para verificar que los punzones estuviera ajustados y limpios, la corona de la máquina atrapó el paño de limpieza, arrastrando la mano de la actora, sufriendo con el ello, el atrapamiento de sus dedos, y por ende, aplastamiento y amputación de los dedos pulgar, índice y medio de su mano dominante, la izquierda; **5)** El accidente fue producto de su impericia por falta de capacitación recibida y de medidas de seguridad por parte de la empresa para manipular la máquina; **6)** En el cargo de tableteadora se devengaba un salario básico de \$1'560.000 y, uno variable, de \$71.990; no obstante, le pagaban el salario mínimo legal; **7)** Consecuencia del siniestro ha estado incapacitada por casi un año, y se ha visto fuertemente perjudicada en lo económico, pues no tiene como costearse pasajes, medicamentos, y el cuidado de su hija menor; **8)** El 27 de septiembre de 2018 se prescindió por parte de la demandada de sus servicios, sin embargo, a la fecha le siguen pagando su nómina; **9)** El accidente le ha dejado diversas secuelas, al verse privada de realizar varias actividades, pues se ha visto afectada la funcionalidad de su mano izquierda; además, la fuerte afectación a su autoestima a ella y a su hija, quienes han afrontado cuadros de gran tristeza; **10)** Fue calificada por A.R.L. Axa Colpatria y la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quienes determinaron que presentaba un P.C.L. del 33,09%; **11)** En el análisis de seguridad de la A.R.L. se advirtieron las diversas fallas en que se incurrió y que produjeron el accidente, así como se indicó un plan de acción a cargo del empleador; y **12)** El 11 de diciembre de 2018 solicitó a COASPHARMA S.A.S. información acerca del accidente de trabajo, pero a la fecha no se ha emitido respuesta.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

T&S TEAMSERVICE S.A.S. (fls. 139 a 158 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de compensación y prescripción.

No aceptó ningún hecho de la demanda.

Adujo que el contrato de trabajo de obra o labor con la actora inició el 04 de febrero de 2016; que la actora ejercía el cargo de Operario de Empaque; que suscribió con COASPHARMA S.A.S. un contrato comercial que tenía por objeto el suministro de personal; que si bien remitió en misión a la demandante a COASPHARMA S.A.S., y por ende se delegó en esta la facultad subordinante, fue la única empleadora de la demandante; que era quien realizaba la verificación de la normatividad en seguridad y salud en el trabajo, efectuaba las inducciones y capacitaciones necesarias para la ejecución de funciones, y que en los temas de gestión de seguridad y salud en el trabajo, se incluía el manejo de la máquina tableteadora; que lo anterior era de conocimiento de la actora; que es la parte demandante quien tiene la carga de probar la responsabilidad del empleador en la ocurrencia del accidente laboral y establecer de esta forma la relación de causalidad entre la actuación del empleador y el accidente; y que el siniestro eventualmente fue culpa de la actora al desobedecer los lineamientos y procedimientos para el uso, manejo y limpieza de la máquina tableteadora.

Por su parte, **COASPHARMA S.A.S.** (fls. 413 a 445 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que la ocurrencia del accidente de trabajo el 12 de agosto de 2016 cuando la actora estaba manipulando la máquina tableteadora y, que como consecuencia de ello, tres dedos de su mano izquierda quedaron

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

atrapados; la incapacidad por un tiempo prolongado; y la terminación del vínculo laboral el 27 de septiembre de 2018.

Manifestó que celebró un contrato con T&S TEAMSERVICE S.A.S cuyo objeto era el suministro de personal, siendo este el motivo por el que arribó la actora a prestar servicios a su favor; que por lo anterior, no era el empleador de la accionante; que el jefe de la actora era William Gutiérrez, quien ocupaba el cargo de Jefe Sólidos, Envase, Empaque y Antibióticos; que el 07 de marzo de 2016 se dio la oportunidad de que algunos trabajadores iniciaran el proceso de formación como Operario Autónomo, de manera que se la actora cumplía este de forma satisfactoria, se podía efectuar su ubicación en el área respectiva, generándose el incremento salarial respectivo; que el accidente se presentó mientras la actora estaba haciendo la limpieza de la máquina tableteadora; que el salario del Operario de Tabletería era de \$1'300.000; que la demandante fue reubicada en cumplimiento de las recomendaciones dadas por la A.R.L., efectuándose todo un proceso de acompañamiento con el fin de facilitar el proceso de recuperación, otorgando los correspondientes permisos para que asistiera a citas médicas, controles y tratamientos; que la responsabilidad del accidente está en cabeza de la actora, quien consecuencia de una imprudencia generó el siniestro al no seguir las indicaciones de la empresa.

2.2. Llamamiento en Garantía.

COASPHARMA S.A.S llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Igualmente, se opuso al llamamiento en garantía, proponiendo la excepción de compensación, entre otras (archivo 02).

Señaló que de la demanda se puede deducir que el empleador de la actora era T&S TEAMSERVICE S.A.S., estando la actora únicamente en misión en COASPHARMA S.A.S.; que COASPHARMA S.A.S. no estaba legitimada para accionar o contradecir, por cuanto esta no ostenta ningún derecho legal o contractual para vincularla, por no ser parte del contrato de seguro n° 21-43-101014088; que la cobertura de la póliza es exclusivamente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

por los riesgos pactados en esta, no puede extenderse a perjuicios como se pretende, así como tampoco a sanciones moratorias; y que se debe tener en cuenta el valor límite de la responsabilidad.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del contrato de trabajo a partir del 04 de febrero de 2016, entre la actora y COASPHARMA S.A. en calidad de verdadero empleador, en donde T&S TEAMSERVICE S.A.S. actuó como simple intermediario.

SEGUNDO: DECLARAR que las demandadas son solidariamente responsables por la culpa suficientemente comprobada en el accidente de trabajo del 12 de agosto de 2016, en el que la demandante obtuvo el 33,09% de pérdida de capacidad laboral.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas a reconocer y pagar a la demandante la indemnización correspondiente por perjuicios materiales, de la siguiente manera:

- Por lucro cesante consolidado: \$22'581.485
- Por lucro cesante futuro: \$64'953.520

Para un total de la indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro de \$87'535.005

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas y a la llamada en garantía de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$2'500.000 a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la parte demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que en el plenario está acreditado que el actor ingresó a prestar sus servicios con T&S TEAMSERVICE S.A.S. mediante contrato de trabajo el 04 de febrero de 2016, como Operaria de Tabletearía, que entre las demandadas se suscribió un contrato de prestación para el suministro de personal, motivo por el que TEAMSERVICE S.A.S. remitió en misión a la actora a COASPHARMA S.A.S. y, que el 12 de marzo de 2016 la accionante sufrió un accidente de trabajo; que TEAMSERVICE S.A.S. fungió únicamente como intermediario, como quiera que se superó el término máximo de un año para que la actora permaneciera en misión como trabajador temporal, y dado que no era obligación de la usuaria reubicar a la demandante dentro de su planta personal, pues los servicios fueron contratados por la empresa de servicios temporales, por demás que el accidente ocurrió mientras la actora estaba

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

desempeñando funciones ajenas para las que fue remitida en misión; que al ser T&S TEAMSERVICE S.A.S. una mera intermediaria en la relación laboral de la actora con COASPHARMA S.A.S., debe responder en solidaridad de las condenas que se puedan imponer; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia quien pretenda librarse de la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo, debe acreditar la falta de causalidad entre el hecho generador del daño y la culpa en el siniestro; que no está acreditado en el plenario la gestión en la aplicación de la normatividad relacionada con la seguridad y salud en el trabajo, por lo menos la comprobación de su existencia, lo que permite inferir una omisión en el cuidado de los trabajadores; que no se allegó un manual de funciones, y que de las declaraciones rendidas es dable establecer que las capacitaciones que recibió fueron impartidas por compañeros de trabajo, y la falta de control y supervisión al momento del siniestro; que no es suficiente excusa que la trabajadora se encontrara presuntamente en un proceso de formación para acceder a un ascenso, pues no obra prueba alguna que dé cuenta que existiera algún tipo de acuerdo por parte de las partes en tal sentido; que si bien obra capacitación respecto de la limpieza de la máquina en la que la actora sufrió el accidente, la que se recibió es de parte de sus compañeros de trabajo, y no tenía ningún tipo de supervisión y control en el ejercicio de tal función, máxime si se encontraba aún en formación, como lo aduce su empleador; que si bien se allegó documental que da cuenta del buen estado de la máquina, lo cierto es que esta prueba data de 2015, cuando el siniestro es de agosto de 2016; que no es dable acceder a la nivelación salarial deprecada, como quiera que, la actora siempre percibió el salario mínimo que se fue reajustando conforme a la ley, por demás que no se demostró el trato discriminatorio que podría existir frente a otro trabajador; que teniendo en cuenta el anterior salario, se liquidaron los correspondientes perjuicios materiales por lucro cesante consolidado y futuro; que no se demostró la existencia de perjuicios morales, y daño a la vida en relación; que no hay norma que regule los intereses moratorios en temas de contrato de trabajo; y que no es posible imponer condena a la llamada en garantía, puesto que juez competente para dirimir esta controversia, es el juez civil, y no el laboral.

4. Providencia Recurrida.

T&S TEAMSERVICE S.A.S. manifestó que el contrato existente entre las partes fue de obra o labor según documental y confesión que hiciera la demandante, luego es evidente que esta conocía que esta empresa era su empleador; que de los desprendibles de nómina y aportes a seguridad social, se logra determinar que dan cuenta que era el empleador de la demandante; que ocurrió un siniestro durante la vigencia de la relación laboral, lo que implicó un reconocimiento a su favor de unas prestaciones asistenciales y económicas, lo que fue otorgado por la A.R.L. contratado en su condición de empleadora; que ante el siniestro no era dable dar por terminado el contrato de trabajo, pues actuando de buena fe y en acompañamiento de la empresa usuaria se reubicó a la demandante; y que al plenario se allegó copia del soporte de inducción a funcionarios, del procedimiento operativo para limpieza validada de la tableteadora *stocker*, del procedimiento operativo para el manejo y desmonte de la tableteadora *stocker*, registros de las inducciones en el cargo a desempeñar, y la investigación realizada, de lo que se puede colegir que capacitó a la trabajadora para operar la máquina donde esta sufrió el accidente, así como que el siniestro es consecuencia de una culpa exclusiva de la trabajadora, al no desconectar por imprudencia máquina que generó el accidente.

Por su parte, **COASPHARMA S.A.S.** adujo frente al contrato de trabajo que este se amplió por el acaecimiento del accidente sufrido por el demandante, inclusive creándose un cargo nuevo con el fin de que no quedara desprotegida, se trata de un comportamiento humano y en pro de la recuperación de la demandante; que está demostrado que a la accionante se le brindaron las correspondientes capacitaciones pese a que se encontraban formación, que confesó que apagó la máquina de forma manual, que dentro de las capacitaciones en ningún momento se hace alusión a una diferenciación entre limpieza profunda o superficial, que si se cuenta con políticas de salud y seguridad en el trabajo, que el accidente fue consecuencia de una imprudencia de la actora, que la máquina en donde ocurrió el accidente se encontraba calificada y revisada, que el siniestro no se fue resultado de una falla mecánica sino humana, que la actora ya había efectuada diversas limpiezas de la máquina, y que la formación tenía como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

intención que la accionante tuviera la oportunidad de ingresar a un cargo superior.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas y de la llamada en garantía, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable deprecar que el verdadero empleador de la accionante era COASPHARMA S.A.S., y por ende que, T&S TEAMSERVICE S.A.S. únicamente era un mero intermediario? y, ¿el accidente de trabajo que acaeció el 12 de agosto de 2016 fue con ocasión o por culpa del empleador?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Empresas Temporales, y solidaridad con la empresa usuaria.

Las empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador, según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

Igualmente, conforme al artículo 77 *ejusdem*, se limita el ámbito de la colaboración a las siguientes tres situaciones: i) La tradicional del artículo 6 del C.S.T., vale decir, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; ii) Cuando el tercero requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y iii) Cuando el usuario deba atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, por un término de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, caso en el cual según el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, modificado por el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, no se puede prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales.

Ahora bien, CSJ Rad. 58172 del 29 de octubre de 2014, así como en la SL692-2019, hizo hincapié que cuando la empresa temporal envía personal en misión, se produce una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados; y que tales servicios no se practican con medios propios sino en las dependencias de la usuaria.

En suma, CSJ Rad. 9435, reiterada en la Rad. 28470 del 17 de octubre de 2008,, así como en la SL4330-2020 estableció que, si se encuentra demostrado un marco temporáneo que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas, o que se ha trasgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, incluso con la presencia de actos que se exhiben con apariencia de licitud, tales circunstancias permiten concluir que la intención de la empresa usuaria era la de utilizar los servicios del trabajador de manera permanente, situación que por ser contraria a la normatividad, puede ser catalogada como un fraude a la ley.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

Ahora bien, conforme a la CSJ SL4538-2021 y CSJ SL1906-2021, en los casos de los trabajadores en misión, para todos los efectos, la verdadera empleadora es la Empresa de Servicios Temporales, de suerte que esta es responsable de salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador o sus causahabientes; y que sólo en determinadas circunstancias es viable considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y a la E.S.T. como simple intermediaria, esto es, cuando la última no está autorizada para prestar ese servicio o cuando en desarrollo del mismo infringe las normas que regulan el servicio temporal, como es el caso en que la contratación para la atención de incrementos en la producción o la prestación de servicios excede el término de un año.

Descendiendo al caso, se encuentra acreditado que el 15 de enero de 2016, entre las demandadas se celebró el contrato de prestación de servicios n° GGE 632/16, para que T&S TEAMSERVICE S.A.S. suministrara personal en misión a COASPHARMA S.A.S.; que la actora suscribió contrato de obra o labor con T&S TEAMSERVICE S.A.S. el 04 de febrero de 2016 para desempeñar el cargo de Operario de Empaque, siendo remitido en misión a COASPHARMA S.A.S.; y que el 12 de agosto de 2016, la accionante sufrió un accidente de trabajo (fls.21 a 52 y 162 a 169 del archivo 01).

De esta manera, para que pudiera ser considerado como verdadero empleador a la empresa usuaria era necesario que la E.S.T. no estuviera autorizada su funcionamiento como empresa de suministro de personal o se infringe dentro del desarrollo de la relación laboral, las normas que regulan el servicio temporal. Frente al primer punto, encuentra la Sala que a folios 95 a 101 del archivo 01 obra certificado de existencia y representación de T&S TEAMSERVICE S.A.S. de donde se logra colegir que esta tiene por objeto la prestación de servicios temporales, por lo que, no es dable deprecar que tal empresa fue constituida para la prestación de dichos servicios, por lo que el primer presupuesto se considera que no está acreditado para considerar como verdadero empleador a COASPHARMA S.A.S.

En cuanto al segundo, se evidencia que si bien el siniestro acaeció el 12 de agosto de 2016, esto es, dentro de marco temporal de que trata el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues la demandante ingresó a laborar el 04 de febrero del mismo año, también lo es que sólo hasta el 27 de septiembre de 2018, COASPHARMA S.A.S. prescindió de sus servicios, esto es, cuando la demandante llevaba trabajando 2 años, 1 mes, y 16 días (fl.80 del archivo 01). En consecuencia, es claro que se sobrepasó el límite de tiempo para la contratación temporal de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Al punto, las demandadas señalan en su recurso de apelación que la superación del tiempo límite de un año se debió al estado de salud de la misma demandante, sin embargo, tal tesis no encuentra asidero, como quiera que fue COASPHARMA S.A.S. quien siempre se comportó como empleador, pues nótese como de las declaraciones de los testigos Andrés Bello, Elizabeth Cecilia Cantor, José Alfredo Marulanda Toro y Sarey Leguizamón, es dable deprecar que la demandante luego de su incapacidad retornó directamente a laborar en tal empresa, en donde incluso se le creó el cargo de Auxiliar Documentación SST, lo que se acompasa con la documental de folio 502 del archivo 01.

Por tanto, quien asumió el rol de empleador fue COASPHARMA S.A.S., y no, la empresa de servicios temporales, quien al ser la empresa que directamente contrató al demandante era la encargada de reubicarla, y brindarle todas las condiciones necesarias para que lograra su cabal recuperación, pues COASPHARMA S.A.S. en virtud del envío de personal en misión únicamente tenía una delegación del poder subordinante, pero no dicho poder como tal, así como tampoco la condición propiamente de empleador.

Lo anterior cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que COASPHARMA S.A.S. mediante certificación obrante a folio 102 del archivo 01 certificó su calidad de empleadora sin hacer alusión a su calidad de trabajadora en misión, y que de las declaraciones de Andrés Bello y Elizabeth Cecilia Cantor, también se logra extraer que la demandante estaba realizando funciones ajenas de las que fue inicialmente contratada y remitida en misión so pretexto de encontrarse en formación para ascender a un cargo, es decir, como Operaria de Tabletearía; recuérdese que la

demandante fue contratada y remitida en misión como Operaria de Empaque, de manera que, el desarrollo de tales funciones, no es más que una muestra adicional de que en la realidad quien fungía como empleador era la empresa usuaria, pues incluso efectuaba actos de subordinación por fuera de las funciones por las que la trabajadora fue remitida en misión.

Así las cosas, se considera acertada la decisión de la A Quo de tener como verdadero empleador a COASPHARMA S.A.S, puesto que, si bien está acreditado que celebró con la actora un contrato de obra o labor, y que esta era quien pagaba su salario y seguridad social, lo cierto es que al sobrepasarse el tiempo límite establecido para la contratación temporal, y evidenciarse actos de subordinación en labores ajenas por las que la actora fue contratada, se infringieron las normas que regulan tal materia, y por ende, quien debe ser considerado como empleador es la empresa usuaria en mención.

Culpa patronal.

La culpa patronal se encuentra consagrada en el artículo 216 del C.S.T., norma que señala que cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios.

Ahora bien, la sola ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional no configura la culpa patronal, puesto que se requiere del elemento subjetivo de la culpabilidad, lo que se desprende de la propia consagración de la norma aludida, así como del artículo 1604 del C.C.; éste último dispone que de los contratos en los que existe un beneficio recíproco para los contratantes —como en efecto ocurre con el contrato de trabajo- cada uno de los contratantes responderá por la culpa leve, definida a su vez por el artículo 63 *ejusdem* como “*la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”, criterio frente al que CSJ Rad. 16782, señaló que el fallador a la hora de apreciar la culpa debe revisar qué habría hecho cualquier otro empleador.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

En ese escenario, el tipo de culpa que debe acreditarse para determinar que el empleador tuvo incidencia en el siniestro, es la culpa leve, que es la que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear “*diligencia o cuidado ordinario o mediano*” en la administración de sus negocios (CSJ SL3942-2020).

Se entiende entonces que la indemnización plena de perjuicios se genera cuando quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella, es decir, que se debe verificar el incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador - lo que se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral - ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019).

En cuanto a la carga de la prueba, CSJ SL13653-2015, CSJ SL2168-2019, y CSJ SL5154-2020 ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta; no obstante, dicha corporación ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a la parte actora le basta con enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del C.C.; en tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores.

De esta manera, es carga del empleador acreditar que no incurrió en las omisiones que se le endilgan, recuérdese que la diligencia y cuidado en cabeza de la empresa, según la doctrina de la CSJ SL5154-2020, recae en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes; ello por cuanto nuestro ordenamiento jurídico ha sentado las bases del deber de prevención y cuidado del empleador en torno a la definición del concepto de salud ocupacional, cuyo estudio se centra en la definición de la potencialidad de los riesgos laborales frente a la salud o la seguridad de los trabajadores conforme a la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los mismos y el número de trabajadores expuestos por parte del empleador, según está regulado en la Resolución 1016 de 1989 (estas obligaciones están previstas actualmente en los artículos 2.º numerales 18, 34 y 35, 4.º, 7.º, 8.º, 12 y 15 del Decreto 1443 de 2014).

Así mismo, habrá de recordarse que los actos inseguros o imprudentes que pudo cometer el trabajador no eximen al empleador de su culpa ni tampoco conducen a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios, si aparece demostrado que éste faltó a sus deberes o controles, en aras de evitar o prevenir accidentes laborales (CSJ SL4277-2020 y CSJ SL2335-2020).

Sentados lo anteriores presupuestos, sea lo primero aclarar que la indemnización que surge del artículo 216 del C.S.T. es independientes de las prestaciones asistenciales y económicas que asume la A.R.L. como consecuencia de un accidente de trabajo, pues en el primer caso, como visto en precedencia, lo que estudia es la responsabilidad subjetiva del empleador, y por ende, debe analizarse y estudiarse el comportamiento de este en la ocurrencia del siniestro; mientras que en el segundo caso, la responsabilidad es de naturaleza objetiva, de manera que se cubre por el mero acaecimiento del riesgo que se pretendía asegurar.

Aclarado lo anterior y, descendiendo al caso, encuentra la Sala que la demanda se funda en la presunta falta de capacitación de la demandante en la labor que estaba ejecutando cuando sufrió el accidente de trabajo y en la falta de medidas de seguridad que debió atender el empleador; omisiones que entonces generan la inversión de la carga de la prueba, y por ende, le corresponde al empleador acreditar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia en el in suceso de la actora.

Así las cosas, y verificada la prueba documental, se evidencia que el 12 de agosto de 2016 la actora sufrió un accidente de trabajo producto de la manipulación de una máquina tableteadora que generó la amputación de tres dedos de su mano izquierda; motivo por el que recibió atención inicial de urgencias, y estuvo hospitalizada hasta el 26 de agosto de 2018 en la Clínica Méderi (fls. 22 a 52 del archivo 01).

Posteriormente, la accionante estuvo en diversas consultas de control, seguimientos y terapias físicas, incluso siendo sometida a cirugía el 08 de octubre de 2016, día en que se practicó una *“secuestrectomía drenaje desbridamiento de falanges de mano (una o más)”*, *“reducción abierta de fractura en falanges de mano una o más con fijación”*, *“injerto óseo en falanges de la mano (una o más)”*, *“desb escis por les de tej prof en área esp de menos de 5% de superf co”* y *“colgajo compuesto a distancia en varios tiempos”*. Luego, el 17 de enero y el 01 de junio de 2017, la trabajadora fue nuevamente sometidas a diversas operaciones, tales como, *“resección de tumor de nervio en mano o dedos”*, *“remodelación reconstrucción (revisión) de muñon de amputación de mano sod (843400)”*, *“plastia en z o w en mano (sin incluir dedos), entre una o dos (868504)”*, entre otras (fls. 53 a 67 del archivo 01).

Así mismo, el 08 de agosto de 2017, Axa Colpatria S.A. emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral, señalando que el porcentaje de P.C.L. era del 30,49% con una fecha de estructuración del 06 de julio de 2017, teniendo como origen de tal P.C.L. un accidente de trabajo (fls. 69 a 79 del archivo 01); P.C.L. que sería aumentado por la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca al 33,09% mediante dictamen del 23 de febrero de 2018 (fls. 118 a 123 del archivo 01).

Ahora, y en lo atiente al accidente trabajo, en la investigación realizada por Axa Colpatria S.A. se estableció que el accidente ocurrió mientras la trabajadora estaba limpiando la máquina tableteadora, atrapando los dedos de la trabajadora; que tal siniestro ocurrió *“luego de terminar la limpieza de la máquina por proceso de tableteado de nuevo producto, la trabajadora enciende la máquina para verificar que los punzones quedaran ajustados y limpios, al momento de girarse la corona, esta atrapa*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

el paño de limpieza que tenía la trabajadora halando la mano y atrapando los dedos de la mano izquierda, la trabajadora apaga la máquina y al ver que no puede liberarse con el control manual realiza movimiento brusco sacando la mano”; que existió una imprudencia de la trabajadora al realizar la labor de limpieza sin desconectar, así como que no se cumplió con el procedimiento estándar operativo PR-SOL-00535 Limpieza de los Tableadores, en donde se establece que para limpiar el equipo hay que desconectarlo y cubrir con plástico las partes eléctricas, y que se incurrió en un exceso de confianza al prenderse la máquina y efectuarse su limpieza sin las debidas medidas de seguridad; que la máquina cuenta con un sistema de emergencia en las compuertas de acrílico el cual no se activó; que hubo un incumplimiento de los parámetros brindados a la trabajadora en la respectiva inducción; y que la trabajadora ubicó inadecuadamente el paño de limpieza cerca de la corona de la máquina sin prever el riesgo.

Asimismo, en dicha investigación se determinó en los factores de trabajo y de las condiciones ambientales que se lograba determinar dentro de las causas del accidente la comunicación inadecuada de las normas de reforzamiento mediante afiches de colores y ayudas para el trabajo, falta de guardas de seguridad de la máquina, falta de señalización en el área con respecto al cumplimiento de las normas de seguridad y B.P.M., falta de supervisión en los procedimientos, y falta de paro de emergencia de la máquina tableteadora (fls. 81 a 86 del archivo 01).

Por otra parte, a folio 109 del archivo 01, obra registro de inducción efectuado el 04, 07, y 08 de marzo de 2016, en el que se logra avizorar que la demandante fue capacitada en el manejo, monte, desmonte, mantenimiento preventivo de granuladores, oscilantes, máquinas tableteadoras, homogenizador eléctrico, micropulverizador, del punto de agua purificada, entre otras (fls. 109 a 116 del archivo 01). Igualmente, a folios 300 a 302 del archivo 01 obra constancia de capacitación, en el que la actora manifiesta que recibió la correspondiente inducción sobre el manejo de las máquinas, proceso, procedimientos, normas de seguridad, uso y mantenimiento adecuado de los elementos de protección personal bajo las normas de salud, seguridad en el trabajo y ambiente, especificando frente a la manipulación de máquinas debe validar la lista de pre-uso, de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

modo que si la máquina no ofrece condiciones razonables para su validación es un riesgo la operación de esta, y en consecuencia puede abstenerse de usarla.

De igual manera, obra instructivo de limpieza de las máquinas tableteadoras, en el que se establece que es deber de la trabajadora ejecutar un procedimiento en el que el primer paso consiste en desconectar la máquina y cubrir con plástico las partes eléctricas (fls. 303 a 318 del archivo 01). Asimismo, a folios 331 a 351 del archivo 01 se observa el Manual del RUC, el que contiene la normatividad referente al sistema de gestión en seguridad, salud ocupacional y medio ambiente de T&S TEAMSERVICE S.A.S. y sus clientes, y a folio 498 a 500 del archivo 01, el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial de COASPHARMA S.A.S.

Del mismo modo, a folios 458 y 459 del archivo 01 obra informe de la hoja de vida de la máquina donde la actora sufrió el accidente, indicándose que el 28 de junio y 26 de julio de 2016 se llevó a cabo el mantenimiento preventivo de la misma, no encontrándose ningún tipo de irregularidad en esta.

De esta manera, la Sala encuentra por una parte que el accidente se generó como consecuencia de un actuar imprudente de la demandante, pues ciertamente esta no tuvo en cuenta la capacitaciones e inducciones que recibió para operar la máquina tableteadora, pues efectuó la limpieza de dicha máquina sin desconectarla previamente, pese a que dentro de los manuales de la empresa se establecía la obligación de desconectar la máquina, lo que está debidamente documentado y fue corroborado por los testigos Juan Carlos Atehortua Giraldo, Andrés Bello, Elizabeth Cecilia Cantor y Sarey Leguizamón; por demás que en interrogatorio de parte, la demandante aceptó no efectuar tal procedimiento por considerar que cuando se estaba frente a una limpieza superficial no era necesaria ejecutar tal acción, última manifestación que no encuentra soporte en ninguna prueba documental ni testimonial.

Sin embargo, a juicio de la Sala la ocurrencia del accidente no es culpa exclusiva de la víctima, pues como quedó documentado en la investigación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

realizada por la A.R.L., que existió una inadecuada comunicación de las normas de reforzamiento mediante afiches de colores y ayudas para el trabajo, falta de guardas de seguridad de la máquina, falta de señalización en el área con respecto al cumplimiento de las normas de seguridad y B.P.M., falta de supervisión en los procedimientos, y falta de un bloqueo de emergencia de la máquina tableteadora; omisiones en la que no se hubiese incurrido si el empleador hubiera tenido aquella diligencia y cuidado que se emplea ordinariamente en negocios propios.

Ciertamente, cualquier empleador no sólo hubiera brindado al trabajador inducciones o capacitaciones sobre el manejo de la máquina tableteadora, y entregar un manual para su adecuada manipulación, pues al sostenerse que la trabajadora estaba en un proceso de formación para lograr el ascenso al cargo de Operaria de Tabletería, era menester que se efectuara un acompañamiento, lo que implicaba que en cabeza del empleador estaba la obligación de controlar y supervisar que el actuar de la trabajadora se estuviera efectuando de conformidad con los lineamientos trazados por la empresa.

Es por ello, que un reforzamiento de la importancia de cumplir los procedimientos existentes en la empresa, así como el realizar campañas para generar conciencia de tales actividades resultaba tan trascendental, acciones que podían cumplirse a través de diferentes mecanismos como señalamientos, demarcaciones, y de la supervisión y control constante por parte del empleador, no obstante, y contrario a ello, ningún testigo dio cuenta de la utilización de alguno de estos mecanismos o si quiera que el empleador efectuó algún tipo de acompañamiento a la trabajadora al momento de ejecutar sus funciones.

Aunado a lo anterior, si bien está acreditado la revisión que se realizaba de la máquina que generó el siniestro así como que esta contaba con sensores de seguridad, no es menos cierto que en la investigación se arrojó que o tenía un sistema de bloqueo de emergencia, aspecto que resultaba de vital importancia si se tiene en cuenta el riesgo que generaba su manipulación, y que ciertamente era posible prever, pues con ello, el empleador no solamente podía asegurarse que la salud de sus trabajadores

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

en ningún momento iba a sufrir algún tipo de alteración sino también que se podía evitar cualquier clase de in suceso; por demás que el testigo Andrés Bello dio cuenta de la facilidad de engañar los sensores de la máquina tableteadora, aspecto que debió verificarse por parte del empleador para evitar un accidente.

Corolario de lo anterior, se considera que existió una concurrencia de culpa, y en tal medida se encuentra acreditada la responsabilidad de quien funge como verdadero empleador; por ende, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de junio 2022 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –.Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00058 -01.

Demandante: **SANDRA PAOLA HURTADO Y OTRA.**

Demandado: **T&S TEAMSERVICE S.A.S. Y COASPHARMA S.A.S.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de T&S TEAMSERVICE S.A. y COASPHARMA S.A.S. como agencias en derecho la suma de \$1'500.000, a cargo de cada una de ellas.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00163 -02.

Demandante: **IRMA LUCÍA ALDANA MENDOZA.**

Demandado: **GEOMA S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **GEOMA S.A.S** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 15 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **IRMA LUCÍA ALDANA MENDOZA** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 19 de abril al 06 de agosto de 2018. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de los seis días de salario agosto de 2018, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, aportes a pensión, sanción por no pago de aportes a seguridad social, e indemnización por despido indirecto.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** Ingresó a laborar al servicio de la demandada el 19 de abril de 2018 para desempeñar el cargo de profesional de proyectos;
- 2)** Devengaba \$2'500.000;
- 3)** Finalizó el contrato ante el incumplimiento reiterado del pago del salario

Demandante: **IRMA LUCÍA ALDANA MENDOZA.**

Demandado: **GEOMA S.A.S.**

por parte de la demandada; **4)** Prestaba sus servicios de forma personal y bajo continuada subordinación, recibiendo instrucciones por parte de la accionada; **5)** No fue objeto de sanciones ni llamados de atención; **6)** Le descontaban mensualmente para el pago de aportes a pensión, no obstante, estos nunca fueron pagados por parte del empleador; **7)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende; y **8)** Ha reclamado en diversas ocasiones sus acreencias a su empleador.

2. Respuesta a la Demanda.

Mediante auto del 06 de noviembre de 2019 se tuvo por NO CONTESTADA LA DEMANDA por parte de GEOMA S.A.S. (fl. 64 del archivo 01).

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 19 de abril hasta el 06 de agosto de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada al pago de las siguientes sumas de dinero:

- a. Auxilio cesantías _____ \$ 750.000.
- b. Intereses sobre cesantías _____ \$27.000.
- c. Prima de Servicios _____ \$ 750.000.
- d. Vacaciones _____ \$ 375.000.
- e. Salarios Insolutos _____ \$ 500.000.
- f. Indemnización por despido sin justa causa art. 64 del CST \$2.500.000.

TERCERO: CONDENAR a GEOMA S.A.S., a pagar a la actora la sanción prevista en el Art. 65 del C.S.T., que equivale a un día de salario de (\$83.333.), desde la fecha de terminación del contrato que data del 06 de agosto de 2018 y hasta por veinticuatro meses. A partir del primer día del mes 25, correrán a favor de la demandante los intereses corrientes a la tasa máxima de interés de libre destinación certificada por la Súper Intendencia Financiera, tal como lo dispone el Art. 65 C.S.T.

CUARTO: CONDENAR a GEOMA S.A.S., a pagar a la actora las cotizaciones debidas al sistema de seguridad social integral en pensiones por el periodo de tiempo comprendido entre el 19 de abril hasta el 06 de agosto de 2018 teniendo como IBC, el salario de (\$2.500.00), juntos con sus intereses y demás emolumentos que liquide Colpensiones o el fondo al cual esté afiliada la demandante y que deberán ser consignados en el mismo. Para el efecto dicho Fondo deberá realizar el respectivo cálculo actuarial conforme a su deber legal.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones formuladas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada. Tásense incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a (02) SMLMV.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que, con la documental y la confesión efectuada en el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, está acreditada la existencia del vínculo laboral pretendido; que se demostró que la actora presentó carta de renuncia ante la falta de pago de salarios de forma oportuna, sin que la demandada acreditara el cumplimiento de tal obligación, por lo que, es dable imponer la indemnización por despido indirecto; que en juicio no se acreditó el pago del salario de agosto de 2018 ni de las prestaciones sociales; que es posible reconocer sanciones moratorias, ya que, no se acreditó pago y si bien se hizo alusión a un depósito judicial, este no se comunicó a la trabajadora para que esta efectuara el reclamo de los dineros allí consignados, por demás que tal depósito se realizó aproximadamente un año después; y que se deben reconocer los aportes a pensión que estén pendientes mientras perduró la relación laboral.

4. Argumentos del Recurrente.

GEOMA S.A.S. dijo respecto al despido indirecto puesto que la única prueba que conduce a tal determinación es manifestación de la demandante, sin que haya ningún otro documento que respalde tal conclusión, por demás que en interrogatorio de parte el representante legal este negó que no hubiese hecho los pagos conforme lo informaba la demandante; que por lo anterior, se debieron decretar oficiosamente las correspondientes pruebas para auscultarse más sobre el tema, más aún cuando se señaló que se hizo un pago por consignación y los aportes a seguridad social, los que no se pudieron allegar por la falta de contestación de la demanda; que no es factible el reconocimiento de prestaciones sociales, dado que sí hubo una liquidación que fue consignada, la que se itera no se allegó porque se tuvo por no contestada la demanda; que frente a la mala fe que generó el reconocimiento de la sanción moratoria, se hizo la consignación, pero no se tuvo la oportunidad para contestar la demanda; y que frente a los aportes a pensión habrá que pagarle doble a la actora, pese a que ya se hicieron, todo ello porque el Despacho no accedió a conocer la verdad ni indagar su pago.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por estas.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable reconocer una indemnización por despido indirecto?, ¿hay lugar a ordenar el pago de prestaciones sociales y aportes a seguridad social?, y ¿es dable imponer condena por concepto de sanciones moratorias?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Despido Indirecto.

El despido indirecto es el resultado de la acción que de manera consciente y por iniciativa propia realiza el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral con fundamento en una justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador; decisión que en cumplimiento del artículo 62 del C.S.T. debe ser puesta en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00163 -02.

Demandante: **IRMA LUCÍA ALDANA MENDOZA.**

Demandado: **GEOMA S.A.S.**

no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral. (CSJ Rad. 44155 del 26 de junio de 2012 y CSJ SL1082-2020).

En igual sentido, CSJ SL16373-2017 y CASJ SL2423-2018 ha dicho que para que se configure, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del empleador debe ser sistemático, sin razones válidas, y debe estar relacionado inescindiblemente con los hechos configurativos de la justa causa invocada; de lo que debe entenderse por sistemático, regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que se ha tomado la conducta o el propósito de incumplir.

Así mismo, en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de un despido indirecto, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia establecida en el artículo 64 del C.S.T. modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la carga de la prueba se invierte, de manera que, a la parte actora, además de demostrar el hecho de la renuncia, le corresponde acreditar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador (CSJ SL14877-2016 y CSJ SL16373-2017).

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que, no puede obligarse al trabajador a permanecer y perseverar en un contrato de trabajo cuando no obtiene la contraprestación de sus servicios, de ahí que ante esta circunstancia la ley lo habilite para terminar su relación por justa causa imputable al empleador (CSJ Rad. 36182 del 27 de febrero de 2013)

Finalmente, es menester señalar que si empleador, frente a la terminación del trabajador, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es a él a quien le corresponde el deber de probarlos (CSJ Rad. 5272 del 22 de abril de 1993 reiterada en la CSJ SL417-2021).

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que no existe controversia en cuanto a que la demandante prestó sus servicios a favor de GEOMA S.A.S. mediante contrato a término indefinido el 19 de abril de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00163 -02.

Demandante: **IRMA LUCÍA ALDANA MENDOZA.**

Demandado: **GEOMA S.A.S.**

2018, el que se extendió hasta el 06 de agosto de 2018 según la documental visible a folios 11 a 15 y 30 del archivo 01.

Ahora bien, y en lo referente al despido indirecto observa la Sala que en la carta de terminación del 06 de agosto de 2018, la demandante renunció aduciendo como motivos para desplegar tal actuar que la empresa demandada no había pagado salarios y prestaciones sociales en las condiciones y periodos respectivos; que los salarios de abril y junio no fueron pagados oportunamente, sino luego de transcurrido un mes; y que el salario de julio a la fecha de tal renuncia no había sido sufragado (fl. 30 del archivo 01).

Frente a dicha causal de terminación, encuentra la Sala que se está en presencia de una negación indefinida por lo que debía el empleador acreditar el pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales, no obstante, y contrario a ello, brilla por su ausencia prueba de la que pueda establecerse fehacientemente el reconocimiento de tales emolumentos.

Aunado a lo anterior, en interrogatorio de parte el representante legal de la demandada informó que las prestaciones sociales se pagaron a través de un depósito judicial que data del 08 de octubre de 2019, esto es, incluso, luego de haber transcurrido 1 año, 1 mes, y 2 días de haber terminado la relación laboral; por lo que, ciertamente no es dable deprecar el pago oportuno de prestaciones sociales, especialmente la prima de servicios de junio que se causó en el transcurso de la relación laboral, lo que sumado a la falta de prueba del pago oportuno de salarios permite establecer que se configuró la justa causa alegada para el trabajador para finiquitar su relación laboral.

Al punto, se esclarece frente a la posibilidad de que fuera decretado el aludido pago por consignación, e incluso el pago de los aportes a seguridad social, la Sala rememora que los artículos 53 y 54 del C.P.T. y de la S.S. establece que el juez de conocimiento está plenamente facultado para determinar las pruebas pertinentes y necesarias para proferir la sentencia que en derecho corresponda, por ende, está legitimado para rechazar la práctica de pruebas y diligencias que considere inconducentes en relación

con el objeto del debate; y que el juez podrá ordenar la práctica de todas aquellas pruebas que a su proceso sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Por tanto, se está frente a una facultad del juzgador, la que en todo caso debe observar el equilibrio procesal, y no está dirigida a tratar de subsanar la inercia o las deficiencias probatorias en las que hayan podido incurrir cualquiera de las partes; circunstancia que como quedo visto no acaeció en el plenario, puesto que la falta incorporación de la documental aludida encuentra su génesis en la ausencia de contestación de la demanda y del comportamiento procesal de la misma demandada.

Prestaciones Sociales y Aportes a Seguridad Social.

Resultado de la existencia de una relación laboral es su consecuente pago de los derechos mínimos e irrenunciables que surgen de tal vinculación, como lo es el pago de prestaciones sociales y aportes a seguridad social; siendo carga del empleador acreditar su reconocimiento.

Al punto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. establece que cuando se pretende probar un pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, este se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto. Por tanto, ante la falta de documental que permita establecer el reconocimiento en estudio, no queda otro camino que confirmar las condenas impuestas ante la ausencia de pruebas que den cuenta del pago.

Igualmente, se aclara que frente al pago de aportes a pensión, la condena del A Quo en ningún caso constituirá un pago doble, pues ordenó el pago de las cotizaciones debidas por parte del empleador, y no la totalidad de los aportes durante el tiempo que perduró la relación laboral.

Sanciones moratorias.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones moratorias, la Sala Laboral de la H. Corte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00163 -02.

Demandante: **IRMA LUCÍA ALDANA MENDOZA.**

Demandado: **GEOMA S.A.S.**

Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o de la fecha consignación de las cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía y el desembolso de sus intereses, o el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que hay lugar a la imposición de dichas sanciones, pues se fundamenta la solicitud de absolución en el pago por consignación que presuntamente realizó el empleador; no obstante, y como se ha dicho reiteradamente no obra prueba de dicho pago, por demás que tampoco se arrió al plenario comunicación o documento que dé cuenta que el empleador puso en conocimiento de la trabajadora la existencia del mentado título, requisito indispensable para considerar que se interrumpió la moratoria que se estaba causando.

Sobre el tópico, CSJ Rad.28090 del 20 de octubre de 2006, señaló que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00163 -02.

Demandante: **IRMA LUCÍA ALDANA MENDOZA.**

Demandado: **GEOMA S.A.S.**

Por lo expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

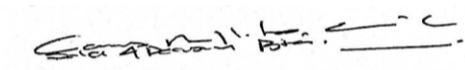
Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00163 -02.

Demandante: **IRMA LUCÍA ALDANA MENDOZA.**

Demandado: **GEOMA S.A.S.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 11 de mayo de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO** adelanta contra los recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación como consecuencia de la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita su retorno a COLPENSIONES S.A. sin solución de continuidad, que lo incorpore a su base de datos, recibiendo la totalidad de los valores que se le traslade, y procediendo a incorporar en la historia laboral la totalidad de las semanas cotizadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** (fls. 141 a 162 y 195 a 228 del archivo 01), se opusieron a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por otra parte, mediante auto del 04 de octubre de 2021 se tuvo por NO CONSTESTADA la demanda por parte de **COLFONDOS S.A.** (archivo 06).

2.2. Intervención Procuraduría General de la Nación.

Mediante escrito del 22 de mayo de 2020 el Procurador 2 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social intervino como Agente del Ministerio Público señalando, en conclusión, la falta de cumplimiento por parte de los fondos privados de su deber de información (archivo 04).

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el actor con la AFP COLFONDOS del 13 de mayo de 1996, contenida en el formulario No. No. 739965; con la AFP Colpatria, hoy PORVENIR del 30 de septiembre de 1999, contenida en el formulario No. No. 0308963; con la AFP COLFONDOS del 20 de mayo del 2000, contenida en el formulario No. No. 7401250; con la AFP Horizonte, hoy PORVENIR del 31 de julio del 2001, contenida en el formulario No. No. 1029725.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el actor, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, COLFONDOS y PORVENIR debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial COLPENSIONES.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la COLPENSIONES y PORVENIR.

SEXTO: Se condena en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que no existe prueba de la que se pueda desprender que se está frente a un vicio del consentimiento, por demás que se está frente a un error derecho que no tiene la fuerza legal de viciar el acto de afiliación; que responsabilidad es objetiva, no se le impone al demandante carga alguna para que demuestre un vicio del consentimiento, lo que quiebra la lógica de este tipo de procesos; que existen obligaciones recíprocas, siendo obligación del actor la de informarse adecuadamente, pues de lo contrario se entiende que es su voluntad permanecer en el R.A.I.S.; y que con la decisión se descapitaliza el sistema pensional, pues el actor no contribuyó a la formación de su pensión.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** dijo que no existen razones fácticas o jurídicas para establecer la ineficacia del traslado del demandante, ya que, la decisión de la actora fue libre, espontánea, y de conformidad con las normas que se encontraban vigentes para la fecha en que se produjo; que en suma, el demandante recibió suficiente información y firmó formulario aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; que en el traslado horizontal, el actor también recibió información suficiente y veraz; que no es coherente que se devuelvan gastos de administración y seguros previsionales, pues la consecuencia es que el negocio se tenga como si no se hubiera celebrado jamás, lo que implica que los frutos generados también deberían ser devueltos, pues de lo contrario se genera un enriquecimiento sin causa, por demás que dichos valores tienen una destinación específica, la Superintendencia Financiera ha señalado que el traslado de recursos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

debe realizarse conforme a la norma específica sobre el tema, no siendo dable incluir conceptos que esta no contiene; y que al no imponerse lo anterior, no es dable reconocer costas.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** expresó frente a los gastos de administración, pues generó unos rendimientos sin que exista perjuicio, por demás que estos son más altos que los primeros; que los gastos de administración se invirtieron en pólizas para asegurar los riesgos previsionales, y al fondo de solidaridad, debiendo estos devolver en ese orden de ideas, los valores que recibieron por tales conceptos; que condenar de forma indexada es condenar en perjuicios, lo que no fue discutida y no se acreditó de forma sumario estos; y que siempre actuó de buena fe.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la PORVENIR S.A., COLPENSIONES, y la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a COLFONDOS S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 29 de agosto de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 80 a 93 del archivo 02; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 13 de mayo de 1996 (fl.13 del archivo 22).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

Por otra parte, y en lo que referente a actos de relacionamiento, CSJ SL6588-2021 ha expuesto que si bien se ha considerado que ciertos actos como solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse como una señal nítida del deseo de la persona de realizar una afiliación o de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

desafiliarse del régimen, esto no es lo que caracteriza ni lo que se discute en las acciones de ineficacia; que esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría; y que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos, si el afiliado no pudo acceder a su derecho básico de obtener una información suficiente la consecuencia, es la ineficacia del traslado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 13 del archivo 22 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 13 de mayo de 1996 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Segura Moreno se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (13 de mayo de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que se le señaló que el I.S.S. se acabaría, que tendrían una rentabilidad muy alta, que su pensión sería del 80-85% de su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

salario, y que cada vez que hablaba con un asesor este le señalaba que estuviera tranquilo puesto que todo iba muy bien; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Igualmente, se advierte que el interrogatorio del representante legal de PORVENIR S.A. es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Tampoco se considera que el demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado la calidad de abogado, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información. Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia CSJ SL1949-2021, donde se manifestó que “ *Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión*”.

Ahora bien, y en cuanto a los nuevos traslados del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 30 de septiembre de 1999, COLFONDOS S.A. el 29 de mayo de 2000, Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 31 de julio de 2001, y a PORVENIR S.A. el 30 de octubre de 2002 (fls.163 a 165 del archivo 01 y 14 del archivo 22), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A., de haberle brindado en el año 1996 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que 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.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, comisiones, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A., además de devolver las sumas descontadas por **comisiones y gastos de administración**, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, frente a las costas, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, comisiones, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A., además de devolver las sumas descontadas por **comisiones y gastos de administración,** también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

TERCERO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00512 -01.

Demandante: **GUILLERMO ALBERTO SEGURA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00193 -01.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CAROLINA CORTES GARAVITO** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., y posteriormente a PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. traslade los valores que recibió por el traslado efectuado al R.A.I.S., tales como, aportes que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual, rendimiento y bono pensional; y que COLPENSIONES anule el traslado efectuado a los fondos privados, y por ende, acepte su vinculación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00193 -01.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Respuesta a la Demanda.

PROTECCIÓN S.A. (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 07), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (archivo 09), asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. Pensiones y Cesantías SANTANDER que tuvo como fecha de suscripción el 28 de febrero de 2003, así como los traslados posteriores realizados. En consecuencia, se declara válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a transferir con destino a COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con rendimientos financieros causados.

TERCERO: ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A. de las pretensiones invocadas en su contra. Declarando probada para ello la excepción de inexistencia de la obligación.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES señaló que respecto al deber de información, sólo se convirtió este en un deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009; que no es dable alegar la ignorancia de la Ley 100 de 1993, pues desde la expedición de esta norma se conocía plenamente su contenido; que el demandante tenía a su cargo obligaciones, tales como informarse adecuadamente del sistema de pensión, sus modalidades, y características; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, pues la actora no contribuyó en el régimen de prima media, y se generaría una desigualdad frente a las demás afiliados a dicho régimen, más aún cuando se estuvo más de 20 años en el R.A.I.S.; y que se debe acceder a gastos de administración, con el fin de evitar el desequilibrio patrimonial que estaría en cabeza de la entidad.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00193 -01.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de septiembre de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en la carpeta 014; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A. el 28 de febrero de 2003 (fl.35 del archivo 05).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00193 -01.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 35 del archivo 05 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 28 de febrero de 2003 con Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Cortes Garavito se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (28 de febrero de 2003) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, que con ellos tendría una buena pensión; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 11 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00193 -01.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

septiembre de 2003 (fl.61 del archivo 09), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A., de haberle brindado en el año 2003 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que 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.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00193 -01.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Por las mismas razones, se hace necesario **REVOCAR el numeral tercero** de la sentencia, y en su lugar, se dispone CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00193 -01.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. –. **REVOCAR el numeral tercero** de la sentencia. En su lugar, se dispone CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

TERCERO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00193 -01.

Demandante: **CAROLINA CORTES GARAVITO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

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

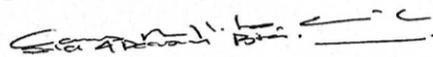
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00256 -01.

Demandante: **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO.**

Demandado: **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 20 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO** promovió contra **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo del 01 de febrero de 2011 al 27 de marzo de 2017, en el cargo de Gerente y/o Representante Legal; y que la relación laboral finiquitó por causa imputable al empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa, los salarios dejados de percibir entre el 01 de febrero de 2011 y el 27 de marzo de 2017, reajuste de prestaciones sociales y en seguridad social por los salarios dejados de percibir, sanción moratoria, sanción por pago defectuoso de las cesantías, e indexación.

Demandante: **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO.**

Demandado: **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) La demandada y Vox S.A.S. fue constituida el 30 de septiembre de 1998 y el 31 de mayo de 2001, respectivamente, siendo socio fundador de ambas con una participación del 5% en cada una; **2)** Era abogado de las dos empresas aludidas desde su constitución; **3)** Vox S.A.S. fue vinculado mediante contrato de trabajo término indefinido el 01 de julio de 2008, pactándose un salario inicial de \$1'000.000, para desempeñar el cargo de abogado; **4)** El 01 de febrero de 2011 fue nombrado como Gerente de la demandada, no obstante, nunca le pagaron su salario por tal condición; **5)** El 21 de marzo de 2012 le fue reconocida pensión de vejez; **6)** El 20 de diciembre de 2012, Vox S.A.S. fue absorbida por la demandada; **7)** El 19 de marzo de 2013 fue ratificado en el cargo de Gerente; **8)** El 14 de octubre de 2015 se le asignó un salario integral por valor de \$15'450.000; **9)** Desde febrero de 2017, la demandada ha buscado negociar las condiciones de su retiro; **10)** El 21 de marzo de 2017 se nombró como Gerente a Darío Vargas Linares; **11)** Ante la falta de lograr la suscripción de acuerdo transaccional, el 01 de diciembre de 2017 se le concedieron 40 días de vacaciones, a partir del 26 del mismo mes y año; **12)** El 20 de diciembre de 2017 se retomaron las charlas sobre su retiro; **13)** El 21 de diciembre de 2017 se le comunicó que sus vacaciones serían recortadas, por lo que debía retornar el 19 de enero de 2018; y **14)** El 21 de diciembre de 2017 se le dio terminación su contrato de trabajo como abogado con fundamento en su calidad de pensionado, con efectos a partir del 19 de enero de 2018.

2. Respuesta a la Demanda.

DATTIS COMUNICACIONES S.A.S. (archivo 02), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que su constitución como persona jurídica, así como la de Vox S.A.S., que el actor era socio fundador con una participación del 5%, y que era abogado de ambas empresas; la vinculación del actor con Vox S.A.S. el 01 de julio de 2008, así como el salario de \$1'000.000, y que el cargo era de Abogado; que el actor es pensionado desde el 21 de marzo de 2012; la absorción de Vox S.A.S.; las vacaciones que se le concedieron por el término

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00256 -01.

Demandante: **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO.**

Demandado: **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

de 40 días, y que luego, sería recortadas debiéndose presentar el 19 de enero de 2018; y que terminó el contrato de trabajo del accionante en condición de abogado, señalándose como justa causa el reconocimiento de su pensión de vejez.

Adujo que es causa de terminación de un contrato de trabajo el reconocimiento de la pensión de vejez, la que por ser una obligación de tracto sucesivo, puede ser alegada en cualquier tiempo; que el producirse una sustitución patronal por absorción de Vox S.A.S. estaba legitimada para dar terminación al contrato de trabajo que el actor inició con tal empresa, en el cargo de abogado; que el 09 de noviembre de 2015, en virtud del cambio de modalidad de salario del actor, se celebró acuerdo de transacción para finiquitar las obligaciones que pudieron surgir hasta tal data; que la única relación laboral existente entre las partes fue la del 01 de julio de 2008 al 19 de enero de 2018, como abogado; que si bien el actor fue su Gerente y representante legal, así como de la empresa Vox S.A.S., lo cierto es que en tal condición no se celebró ningún tipo de contrato de trabajo, pues la ejerció en calidad de socio, pactándose el pago de honorarios; que en la anterior calidad existió ausencia de subordinación; y que el actor nunca hizo alusión a la posible existencia de un contrato de trabajo entre las partes en su condición de Gerente y/o Representante Legal.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que, si bien es posible la concurrencia de dos contratos de trabajo, los vínculos deben estar claramente delimitados, de manera que no exista duda de tal condición, debiéndose demostrar que el tiempo de dedicación que se otorga a la primera vinculación, es diferente de la segunda; que el plenario está acreditado que las labores del actor como abogado eran concomitantes con las que ejercía como representante legal de la empresa, así como ejercía tales funciones dentro de su ámbito laboral; que aunado a ello, se acreditó que la remuneración que se pagaba al actor era por su función de abogado, funciones anexas o complementarias, que no cumplía un horario de trabajo,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00256 -01.

Demandante: **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO.**

Demandado: **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

que no se demostró una clara demarcación de los presuntos contratos de trabajo, ostentaba la condición de socio, y fue elegido en asamblea de accionistas, precisamente, por tal calidad, y en la contribución que podía prestar en virtud de ello; que aunado a lo anterior, no se encuentra ningún tipo de elemento de subordinación; y que la pensión de vejez es justa causa de terminación del contrato de trabajo, por demás que esta causal no está sometida a inmediatez, y se trata de causal objetiva, por lo que en ella no se enmarca ningún tipo de condonación.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable deprecar que en adición al contrato a término indefinido celebrado entre las partes para que el actor desempeñara el cargo de abogado, existió otro, empero, en la que el actor ostento la condición de Gerente o Representante Legal? y, ¿se incurrió en un despido sin justa causa, en virtud del despido del trabajador como consecuencia del reconocimiento de su pensión de vejez?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas, y de la Concurrencia de Contrato.

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

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

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

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

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00256 -01.

Demandante: **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO.**

Demandado: **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

Igualmente, debe advertirse que, en sentencia CSJ Rad. 39143 del 30 de noviembre de 2010, reiterada en la CSJ SL2265-2018, se llamó la atención en cuanto a que, por razones de transparencia, no resultaba válido admitir que una misma persona, desde su condición de socio y/o gerente, suscribiera un contrato de trabajo en el que, a su vez, fungía como trabajador, para darse unas especiales condiciones que luego opondría a la empresa.

En igual sentido, en la sentencia CSJ SL845-2021 se señaló no puede deprecarse mala fe respecto de la empresa empleadora cuando, el actor en su doble calidad de socio y trabajador, contaba con potestades administrativas y societarias, que concomitantemente le permitían intervenir directamente en el gobierno de la sociedad (puntualmente participar en las deliberaciones de su salario) y en la administración de la empresa; por tanto, la responsabilidad derivada de la omisión en el pago de su remuneración, también le es atribuible.

Así mismo, en CSJ SL2027-2022 que reiteró la de CSJ Rad.40079 del 29 de mayo de 2012, se puntualizó que la ley permite la coexistencia de contratos con dos o más patronos, siempre que las tareas a que se obligan no coexistan en la ocasión, momento u oportunidad; es decir que, no sean coetáneas o contemporáneas, pues de serlo, desaparecería automáticamente el elemento subordinación; que por lo anterior, debe darse un deslinde que sea suficientemente claro, y que no deje duda alguna en cuanto a que el tiempo, energía y dedicación que se vinculan a una actividad sean diferentes a las que se ejecutan en la otra función; y que si esta separación no se da en forma concreta, puede deducirse razonadamente que la segunda actividad sea una derivación del desarrollo propio de la primera ocupación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00256 -01.

Demandante: **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO.**

Demandado: **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que no existe controversia que entre el demandante y Vox S.A. se celebró un contrato de trabajo a término indefinido el 02 de julio de 2008 para que el demandante prestara su servicio de Abogado y demás laborales anexas y complementarias (fls. 24 a 27 del archivo 01); que el 01 de febrero de 2011 fue nombrado como Representante Legal de DATTIS COMUNICACIONES S.A.S. (fls. 14 a 17 del archivo 01); que obró una sustitución patronal entre Vox S.A. y DATTIS COMUNICACIONES S.A.S. el 14 de enero de 2013, por lo que, frente a la vinculación laboral, esta última asumió el rol de empleador del demandante (fls. 29 y 30 del archivo 01); que el 14 de octubre de 2015, entre las partes se pactó un salario integral por la suma de \$15'450.000 (fl.31 del archivo 01); y que el 21 de diciembre de 2017, se le dio terminación al contrato de trabajo al demandante, con efectos a partir del 19 de enero de 2018, por ser beneficiario de una pensión de vejez desde el 01 de marzo de 2012 (fl. 49 del archivo 01).

Ahora bien, señala el apoderado de la parte actora que, en suma, al contrato de trabajo celebrado como abogado, que se deben reconocer los correspondientes salarios y realizar los correspondientes reajustes por prestaciones sociales y aportes a seguridad social a que haya lugar por las labores que ejecutó en calidad de Gerente y/o Representante Legal de DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.

Así las cosas, conforme a CSJ Rad.40079 del 29 de mayo de 2012, es claro que, si bien puede existir concurrencia de contratos que pueden ser ejecutados por una persona dentro de una misma empresa, para que dicha circunstancia pueda ser declarada, debe darse un deslinde que sea suficientemente claro, y que no deje duda alguna en cuanto a que el tiempo, energía y dedicación que se vinculan a una actividad sean diferentes a las que se ejecutan en la otra función.

Al respecto, encuentra la Sala que según interrogatorio de parte del demandante, este fue claro en señalar que sus funciones como abogado de Dattis era la revisión desde el punto de vista jurídico de los contratos que debía suscribir la compañía o las ofertas comerciales que la compañía enviaba a sus clientes y, al mismo tiempo tener la supervisión de todos los

aspectos jurídicos que se relacionaban con la compañía; que después de actuar en la parte jurídica como Gerente y Representante Legal, le correspondía la firma del contrato; que no había un horario específico para unas funciones u otras, porque desarrollaba al mismo tiempo las funciones de abogado, de gerencia y de representación legal; y que las labores que desarrolló en muchos casos eran simultáneas, ya que debía estar actuando como abogado o como Gerente.

Por tanto, de la misma declaración rendida por el demandante no es dable demarcar el momento en que realizaba sus funciones como Abogado, y cuando lo hacía como Representante Legal, máxime si se tiene en cuenta que desde el mismo contrato de trabajo se hacía alusión a que desarrollaría labores anexas o complementarias a dicho rol, no pudiéndose determinar claramente en qué momento su función era la de abogado y, cuándo la de representante legal; lo que cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que, de los testimonios de Daniel Gómez Correa y Anderson Gutiérrez Duque, también se logra extraer que las labores realizadas por el demandante como abogado y representante legal se ejecutaban de forma simultánea, y dentro de un mismo horario.

Así mismo, de los testigos aludidos, así como de la declaración de Alejandro Garay, Beatriz Eugenia Vélez, y Paula Constanza Castillo, es dable colegir que el demandante administraba su horario de trabajo; que ante la ausencia del actor, Darío Vargas también cumplía funciones propias de representante legal; y que el accionante no manifestó oficialmente ningún tipo de inconformidad frente a la forma como se estaba ejecutando su contrato de trabajo; con esto, la Sala tampoco encuentra elementos suficientes para que se pueda considerar que los servicios que el demandante prestaba como representante legal estaban regidos por algún tipo de contrato de trabajo ajeno al que ya tenía como abogado.

En suma, se encuentra acreditado la condición de socio del actor, y que según el testigo Anderson Gutiérrez Duque, el accionante tenía injerencia en la aprobación de nómina, por lo que siguiendo los lineamientos de la CSJ SL845-2021, no puede deprecarse mala fe respecto de la empresa pues el demandante además de ser trabajador también contaba con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00256 -01.

Demandante: **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO.**

Demandado: **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

potestades administrativas y societarias, que concomitantemente le permitían intervenir directamente en el gobierno de la sociedad, por lo que, la presunta responsabilidad derivada en la omisión de una demarcación de la existencia de dos contratos de trabajo y el pago de su remuneración en su condición de Gerente y/o Representante Legal, también le es atribuible.

Por lo anterior, considera la Sala que le asiste razón a la A Quo, por lo que la sentencia de primera instancia, en este sentido se confirmará.

Del Reconocimiento de la Pensión de Vejez como Justa Causa de Terminación – Inmediatez.

Por otra parte, el demandante aduce que no existió inmediatez en la causa que el empleador alegó como justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, esto es, el reconocimiento de una pensión de vejez; sin embargo, dicha causal de terminación del contrato de trabajo es objetiva, se encuentra desligada de la conducta del empleado, por lo que, no puede perdonarse ni condonarse, tal y como lo tiene dicho CSJ SL3108-2019.

En consecuencia, si bien la pensión se reconoció según demanda el 21 de marzo de 2012, y sólo se dio terminación del contrato de trabajo amparándose en dicha causal, el 21 de diciembre de 2017, con efectos a partir del 19 de enero de 2018, al no estarse frente a una conducta que pueda condonarse por parte del empleador, tampoco estaba sujeto al principio de la inmediatez.

Aunado a ello, se cumplió con el término que establece el artículo 62 del C.S.T. para la terminación del contrato por parte del empleador, es decir, dar aviso al trabajador con una anticipación no menor de 15 días, pues como quedó dicho desde el 21 de diciembre de 2017 se advirtió la terminación al contrato de trabajo, con efectos a partir del 19 de enero de 2018.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00256 -01.

Demandante: **JUAN HUMBERTO MEZA GIRALDO.**

Demandado: **DATTIS COMUNICACIONES S.A.S.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de abril de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

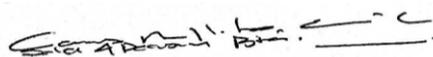
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **las partes** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 07 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN** adelanta contra **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido; y que su renuncia fue motivada en las decisiones y constantes violaciones efectuadas por la demandada. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías y de sus intereses de 2017 a 2020; indemnización como consecuencia de la renuncia motivada; indemnización moratoria; vestuario y calzado; aportes a pensión; e intereses de mora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** Ingresó a laborar al servicio de la demandada el 13 de junio de 2013 en el establecimiento de comercio New Boys ubicado en la Carrera 80 N° 71-75 Barrio Santa Helenita;
- 2)** Ejercía el cargo de peluquero, cumpliendo funciones de corte de pelo en damas y caballeros, limpieza de su lugar de trabajo y oficios varios;
- 3)** Cumplía horario de trabajo de lunes a domingo desde las 9:00 A.M. sin horario de salida, con un día de descanso que usualmente era el martes; si no asistía se le descontaba el día de su quincena;
- 4)** Devengaba \$1'600.000;
- 5)** Posteriormente, la demandada trasladó su establecimiento de comercio dentro del mismo barrio pero a la dirección Carrera 80 N° 71-22, sin que cambiaran sus condiciones laborales;
- 6)** Debía estar uniformado, no obstante, tenía que pagar tal vestuario con su propio patrimonio;
- 7)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende; y
- 8)** El 14 de junio de 2020 cerró el establecimiento de comercio como consecuencia de la pandemia generada por el Covid-19; fecha en la que acudió a laborar, empero al no lograrse un acuerdo en cuanto a salario y demás decidió por cuestiones de laborales, de salud y de pago, no retornar a laborar.

2. Respuesta a la Demanda.

SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que el actor empezó a prestar sus servicios como peluquero en establecimiento de comercio New Boys desde el 13 de junio de 2013;

Adujo que el demandante prestaba sus servicios de manera autónoma e independiente, sin estar sujeto a ningún tipo de horario de trabajo ni ordenes, asistiendo esporádicamente al establecimiento de comercio; que el accionante solamente realizaba corte de pelo y no utilizaba ningún tipo de uniforme, por demás que esto era potestativo; que el actor dejó de asistir de forma intempestiva; y que el contrato que existía entre las partes era de arrendamiento de un espacio físico.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor y SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ como propietaria del establecimiento de comercio NEW BOYS, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de junio de 2013 hasta el 14 de junio de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del actor, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos:

- a. Auxilio de cesantías: \$ 3.033.294
- b. Intereses sobre las cesantías: \$ 363.995
- c. Prima de servicios: \$ 2.187.190.
- d. Vacaciones: \$1.532.496
- e. Sanción artículo 5 del Decreto 116 de 1976: \$363.995.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del actor la sanción moratoria equivalente a un día de salario la suma de (\$29.260) desde la fecha de terminación del contrato de trabajo que data del 14 de junio de 2020 hasta que se verifique el pago, tal como lo dispone el Art. 65 C.S.T.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del actor la indemnización que dispone el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías a un fondo, equivalente a un día de salario, es decir la suma diaria de (\$29.260) desde el 16 de febrero de 2018 hasta el 14 de junio de 2020.

QUINTO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del actor y por tanto, a cotizar al sistema general de pensiones, el pago de los aportes por concepto de pensión, entre el 13 de junio de 2013 hasta el 14 de junio de 2020, para lo cual se solicitará al fondo de pensiones que elija o se encuentra afiliado el demandante, que realice el cálculo actuarial, con el fin que la demandada efectúe los pagos correspondientes teniendo en cuenta como ingreso base de cotización el SMLMV para cada año.

SEXTO: ABSOLVER a la demanda de las demás pretensiones.

SEPTIMO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS las excepciones propuestas por la parte demandada.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Tásense, incluyéndose como agencias en derecho, el equivalente a dos (02) SMLMV.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que de conformidad con el acervo probatorio, especialmente certificación emitida por la demandada, así como los testimonios de Jeison Alejandro Ruiz y Jenny Patricia Mancera Perdomo, es dable establecer que el demandante prestó sus servicios como peluquero a favor de accionada en el establecimiento de comercio New Boys entre el 13 de junio de 2013; que no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, pues si bien testigos como Kelly Gutiérrez, Yulimar del Carmen Paredes y Edgar Manuel Zapata dieron cuenta de la independencia que tenía el actor para desempeñar sus funciones, lo cierto es que se demostró que atendía en el establecimiento de comercio de la demandada, atendiendo clientes sin necesidad de cita, de acuerdo a turnos que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

coordinaba esta, y conforme al protocolo del establecimiento de comercio; que frente al salario se demostró que se devengaba un 60% del servicio prestado, no obstante, no se acreditó la cantidad de servicios que fueron ejecutados por el actor, por lo que se tuvo el salario mínimo legal; que operó la prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 18 de diciembre de 2017, puesto que se interrumpió tal fenómeno con la solicitud del mismo día y mes de 2020; que se deben pagar los correspondientes aportes a pensión teniendo en cuenta el salario aludido; que no es posible reconocer indemnización por despido indirecto, puesto que no se acreditó la renuncia ni los hechos en que se fundamentó esta; y que se imponen sanciones moratorias, puesto que afloró de la realidad la existencia de un contrato de trabajo, por lo que no era dable soslayar el pago de prestaciones sociales, misma razón por la que no se efectuó la consignación de las cesantías.

4. Argumentos de los Recurrentes.

La **parte actora** dijo que el monto del salario que se debió tener en cuenta para liquidar las condenas debe ser \$1'600.000, puesto que no se acreditó una suma diferente, y de los testimonios se logra extraer un valor superior a tal rubro; que también hay prueba sumaria del valor que devengaba diariamente el demandante, lo que promediándose permite establecer el salario aludido; y que se debe reconocer el valor que el actor pagó por concepto de vestuario.

Por su parte, la **demandada** señaló que no se hizo una adecuada valoración del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, puesto que es dable establecer que siempre se actuó de buena fe, teniéndose la plena convicción de la forma como se había contratado era mediante una relación civil o comercial, más aún cuando no tuvo que cumplir con horarios ni órdenes, así como tampoco recibió llamados de atención, por demás que en salones de belleza es costumbre tal tipo de contratación; que nunca se presentó un escrito de inconformidad por parte del demandante; que en el interrogatorio de parte rendido por la accionada, así como de los demás testimonios y declaración del actor, se dejó claro que el actor era autónomo, se desvirtuó la subordinación, pues cada estilista manejaba su agenda, sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

citas, y horarios; que el salario mínimo únicamente se puede imponer para una persona que trabaje una jornada completa, no obstante, el actor no cumplía un horario fijo establecido conforme al volumen de clientes que decidiera atender; y que según criterio de la Corte Suprema de Justicia el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la autonomía pero es dable imponer horarios, y efectuar supervisión del mismo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable deprecar de conformidad con el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades que entre las partes existió un contrato de tipo laboral?, ¿hay lugar a liquidar las condenas con un salario diferente al que fuere reconocido por el A Quo?, ¿hay lugar a reconocer suma alguna por concepto de vestuario?, y ¿es dable imponer condena por concepto de sanciones moratorias?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Del Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas y del Contrato de Trabajo en Salones de Belleza y/o Peluquerías.

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

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

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

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

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

Igualmente, debe advertirse que, en un caso de similares contornos, y en tratándose de labores de peluquería, para determinar si existió un contrato de trabajo, la CSJ SL3318-2018, dispuso que al activarse la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T. le corresponde a la demandada desvirtuar la misma, no obstante, esta puede ser corroborada al evidenciarse elementos tales como, el cumplimiento de un horario, que no es el estilista quien determina el valor de los servicios que presta sino del presunto empleador, que no es el estilista quien programa las citas con los clientes sino su contratante, el uso de un uniforme que la accionada le proporcionaba, y estar sujeto a un poder disciplinario.

En igual sentido, CSJ SL3824-2020 dijo en relación con los contratos de concesión que al advertirse que el demandante presta servicios personales en favor de la demandada, operó la presunción de contrato de trabajo; y que estos están sujetos al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que no existe controversia en cuanto a que el demandante prestó sus servicios en el establecimiento de comercio New Boys de propiedad de la demandada, pues tal circunstancia fue aceptada al darse contestación a la demanda (fl.5 del archivo 07). Igualmente, en interrogatorio de parte la accionada fue clara en manifestar que el demandante prestaba sus servicios como peluquero en el aludido establecimiento de comercio; información que es confirmada por los testigos comparecientes quienes dieron cuenta de tal calidad que ostentaba el actor, así como del servicio que prestaba.

De esta manera, para la Sala no existe duda que el demandante prestaba sus servicios como peluquero en el establecimiento de comercio New Boys de propiedad de la demandada, por lo que, en consecuencia, debía la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación.

Al respecto, encuentra la Sala que si bien en interrogatorio de parte la demandada manifiesta que el demandante prestaba sus servicios con autonomía e independencia, tal declaración es insuficiente para tener por acreditado que se desvirtuó el elemento de la subordinación, puesto que la finalidad de este es lograr la confesión de la parte, por demás que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020. En consecuencia, dicha declaración se analizará teniendo en cuenta el acervo probatorio restante; medios probatorios que se estudiaran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento y las reglas de la sana crítica.

Al punto, al plenario comparecieron a rendir testimonio Kelly Gutiérrez, Yulymar del Carmen Paredes y Edgar Manuel Zapata, quienes si bien dieron cuenta que se podía acordar con los clientes cita para el corte de cabello, que la demandada no intervenía en la forma como el actor ejecutaba su servicio, que el actor podía determinar su horario de conformidad con los clientes que tenía, y que no estaban sujetos a sanción, lo cierto que es que dichas declaraciones también resultan insuficientes para considerar que se desvirtuó el elemento de la subordinación, puesto que la primera acudía esporádicamente al establecimiento de propiedad de la demandada, esto es, cada dos o tres meses, por lo que el conocimiento que tenía de la forma como se ejecutaba la relación laboral es apenas parcial e indirecto; la segunda, señala que la demandada observaba al principio como se ejecutaba la labor y si se hacía de manera correcta no se ejecutaba ningún tipo de orientación, lo que implica que quienes prestaban sus servicios en el salón de la demandada, debían realizar sus funciones con unas exigencias mínimas que eran verificadas por la demandada; y el tercero, adujo que el pago de los servicios de los clientes se realizaba en la caja del establecimiento, información que también fue suministrada por la demandada al rendir interrogatorio de parte, aspecto que tampoco permite determinar la completa independencia o autonomía del demandante, ni mucho menos la existencia de un contrato de arrendamiento de un cubículo o de prestación de servicios.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

Así mismo, del interrogatorio de parte del demandante tampoco es dable determinar la ausencia de subordinación, pues por el contrario este fue certero en afirmar que además de los servicios de peluquería era obligado a desarrollar otras funciones tales como, hacer aseo, limpiando vidrios y baños; que no podía realizar servicios por fuera de la peluquería; que fue sancionado; y que debía cumplir horario de trabajo, efectuando sus funciones conforme lo que dispusiera el establecimiento, el uniforme que le fuera suministrado por la demandada.

Dicha declaración es conteste por lo manifestado por lo testigos Jeison Alejandro Ruiz y Jenny Patricia Mancera Perdomo, quienes adujeron que el demandante la demandada era la jefa del actor porque era la encargada de ordenar todo, recibir el dinero, y dar órdenes como agilizar la labor por la cantidad de clientes; que era esta quien decía que debía hacer el actor; que el demandante debía cumplir un horario de trabajo, y usar uniforme con el logo del establecimiento; y que los servicios del actor podían ser prestados sin ningún tipo de cita.

En consecuencia, no es dable predicar que se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, incluso con los últimos testigos en mención lejos de logarse tal cometido, se encuentra elementos que lo corroboran como lo es, el cumplimiento de un horario, y el uso de un uniforme que la accionada proporcionaba, en suma, a lo que ya fuera anunciado por la misma demandada al rendir interrogatorio, esto es, que el manejo de los pagos por los servicios prestados eran administrados por la caja del establecimiento, y no por el demandante, quien no tenía autonomía frente a estos.

Por lo expuesto, se considera acertada la decisión del A Quo de declarar la existencia de un contrato de trabajo, por lo que, tal condena se confirmará.

Salario.

Aduce el demandante que de los testimonios se logra extraer que el salario que devengaba este era superior al salario mínimo. Al respecto,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

observa la Sala que la testigo Jenny Patricia Mancera Perdomo si bien señaló un salario promedio mensual que ella devengaba de \$3.000.000, lo cierto es que únicamente señaló al del demandante que este era ligeramente inferior, no siendo dable realizar suposiciones o inferencias frente a tal valor.

Así mismo, en interrogatorio de parte el demandante fue claro en señalar que su salario era variable, que nunca se recibía el mismo valor y que esto dependía de la cantidad de clientela, por lo que para determinar su valor debía acreditarse cada uno de los servicios que el demandante ejecutó mes a mes. Igualmente, la documental de folios 11 a 32 del archivo 01 es insuficiente para determinar el valor del salario, como quiera que, ninguno de tales documentos está suscrito por la demandada, por lo que no puede desprenderse la aceptación de los valores allí plasmada; misma circunstancia que acontece con la certificación del folio 33 del archivo 01.

Por otra parte, señala la demandada que no se acreditó que el demandante laborara una jornada laboral completa pues no prestaba sus servicios durante tal tiempo, por lo que, no era dable el reconocimiento de un salario mínimo legal; sin embargo, la demandada no acreditó que las horas efectivamente laboradas día a día para considerar que estaban por debajo del máximo legal, pues el dicho de los testigos en tal sentido es ambiguo o genérico, por demás que algunos de estos, como Jeison Alejandro Ruiz y Jenny Patricia Mancera Perdomo dieron cuenta de un trabajo que superaba la ocho horas diarias de labor. Por lo expuesto, se confirmará la decisión del A Quo.

Dotación –vestuario.

De vieja data, CSJ Rad. 10400 del 22 de abril de 1998, anotó *“que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y a favor de la afectada”*. Lo dicho también puede ser consultado en la sentencia CSJ SL4974-2020.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

Así las cosas, era necesario que se acreditara un perjuicio por la presunta falta de suministro de dotaciones, aspecto sobre el cual no se avizora prueba alguna en el plenario, de manera que deviene inviable imponer condena alguna sobre este aspecto.

Sanciones moratorias.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las **sanciones moratorias**, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o de la fecha consignación de las cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía y el desembolso de sus intereses, o el pago total o parcial de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y que el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJSL12854-2016 y CSJSL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que hay lugar a la imposición de dichas sanciones, pues pese alegarse la existencia de un contrato de arrendamiento de un espacio físico, lo cierto que tal circunstancia no se acreditó, pues no obran elementos probatorios que den cuenta de tal tipo de contratación; por el contrario, al plenario acudieron testigos que permitieron establecer la impartición de órdenes, la fijación de un horario de trabajo, además de ser la demandada directamente quien

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

recibía los pagos por los servicios que eran realizados por la demandante; circunstancias de las que no es dable desprender buena fe por parte de la empleadora ni que tuviera la convicción de estar frente a un contrato que no fuera laboral, pues conforme al desarrollo de la relación contractual se evidenció la existencia de un vínculo de tal índole.

Así mismo, no existe prueba suficiente de que fuera costumbre de las peluquerías una contratación distinta a la laboral; recuérdese que de conformidad con el artículo 178 del C.G.P., esta debe demostrarse con documentos, copia de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia o con un conjunto de testimonios.

Por lo expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 07 de julio de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00020 -01.

Demandante: **CESAR AUGUSTO BELTRÁN VARÓN.**

Demandado: **SANDRA ESPERANZA MARTÍNEZ GONZÁLEZ.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 27 de abril de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS** adelanta contra los recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación como consecuencia de la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, que dicho fondo traslade a COLPENSIONES todas las cotizaciones que realizó, incluidos los aportes voluntarios y rendimientos; y que COLPENSIONES reactive su afiliación, y corrija su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (archivos 02 de las carpetas 08 y 09), se opusieron a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo las de prescripción. La primera, también propuso la de compensación.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de octubre de 2001 a través de PORVENIR S.A., es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas, como se dijo en la parte motiva) y, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia el numeral anterior, y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones judiciales en contra de PORVENIR S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. dijo que era obligatorio suministrar información a la demandante para la época de su traslado conforme criterio de la Superintendencia Financiera de Colombia, siendo necesario únicamente la suscripción del formulario de afiliación como acaeció en el asunto; que suministró una asesoría oportuna e informó ampliamente sobre las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

implicaciones de la decisión; que no es dable señalar que no se cumplió el deber de información con base en documentos que no le eran obligatorios como simulaciones o proyecciones pensionales, deber que sólo surgió con la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014; y que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, puesto que estos también se descuentan en el régimen de prima media, no hacen parte de la cuenta individual, prescriben, y según criterio de la Superintendencia Financiera, las únicas sumas retornar son aportes y rendimientos, por demás que se configuraría con ello, un enriquecimiento sin causa.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que la ineficacia de traslado conlleva consecuencias que afecta la sostenibilidad del sistema, debiéndose mirar cada caso en particular; que en la actora también recaía el deber de ilustrarse frente a su decisión de cambiar de régimen pensional; que la demandante no hizo uso del derecho de retracto; y que el interés general debe primar sobre el particular, pues con esta decisión se verá afectado el patrimonio público.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 16 de marzo de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a en el archivo 08 de la carpeta 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 10 de agosto de 2001 (archivo 09 de la carpeta 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

Por otra parte, y en lo referente al derecho de retracto, CSJ SL1217-2021 indicó, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, en el archivo 09 de la carpeta 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de agosto de 2001 con PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Velasco Cortés se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (10 de agosto de 2001) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor de PORVENIR S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que serían los fondos privados quienes asumirían el recaudo y pago de pensiones; luego, de tales manifestaciones, la Sala no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Igualmente, se advierte que el interrogatorio de la representante legal de PORVENIR S.A. es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, comisiones por administración, y valores con destino al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales también deberá devolver los rubros pagados por concepto de bono pensional; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, comisiones por administración, y valores con destino al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales también deberá devolver los rubros pagados por concepto de bono pensional; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00146 -01.

Demandante: **MARÍA YOLANDA VELASCO CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

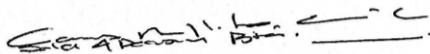
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO** interpuso contra la providencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente promovió contra la **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ como propietaria de la Institución Educación y Vida.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende la declaratoria de dos contratos de trabajo a término fijo del 30 de enero al 30 de noviembre de 2020, y del 25 de enero al 30 de noviembre de 2021; que el nuevo periodo de prueba en el segundo contrato de trabajo no tiene validez; y que la relación laboral terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento de indemnización por despido sin justa causa, intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Suscribió contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

Docente de Música a partir del 30 de enero de 2020; **2)** El contrato tenía un periodo de prueba por el término de dos meses, el que fue superado a cabalidad; **3)** Suscribió un nuevo contrato de trabajo a término fijo para desarrollar las mismas laborales, a partir del 25 de enero de 2021; contrato en el que también se pactó un nuevo periodo de prueba; **4)** Con ocasión de la pandemia en marzo 2020 se iniciaron clases virtuales, y el 15 de febrero de 2021 se retornó a clases presenciales; **5)** Al iniciar la jornada escolar las directivas del colegio se percataron que al estar en un lugar cerrado era más latente el contagio de covid-19, por lo que sugirió que las clases se hicieran de forma virtual al estarse frente a la manipulación de instrumentos de viento; **6)** Las directivas del plantel decidieron que dictara las clases en la entrada del quiosco mientras los estudiantes recibían la clase al aire libre; **7)** El 16 de febrero de 2021 inició sus clases al aire libre, pero la inclemencia del clima hizo que tuvieran que tomar clases al interior de la institución; **8)** Me indicaron que las clases debían realizarse en la cancha de fútbol ante la imposibilidad de hacerlas en el quiosco, empero, la institución fue enfática en señalar que no le reconocería ningún tipo de protección para el sol y que no era dable que se realizaran las clases de manera virtual; **9)** Llevo a cabo la clase, pero su cara estaba totalmente quemada, tanto así que varios docentes le sugirieron que se aplicara algún tipo de crema; **10)** El 17 de febrero de 2021 debido a la insolación presenté fuertes dolores de cabeza, y un intenso dolor en su rostro, por lo que acudí ante dermatólogo; **11)** Se le recetó una crema y un bloqueador, advirtiéndose que la exposición al sol por tiempo prolongado podría generar lesiones mayores; y **12)** El 24 de febrero de 2021 se le dio por terminado su contrato de trabajo con fundamento en que no había superado su periodo de prueba.

2. Respuesta a la Demanda.

FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ (archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de compensación y prescripción.

Aceptó que la contratación del actor como Docente de Música; la fijación de un periodo de prueba en las contrataciones que tuvo el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

demandante; la iniciación de clases virtuales a partir de marzo de 2020 como consecuencia de la pandemia generada por el Covid-19; el desarrollo de clases presenciales y la impartición de la clase de música en el quiosco del colegio; y la terminación del contrato de trabajo a partir del 26 de febrero de 2021.

Adujo que en ningún momento se suscribieron contratos a término fijo, por el contrario, las relaciones laborales estuvieron regidas por contratos de trabajo para profesores de establecimientos particulares de enseñanza, el que se encuentra regulado en el artículo 101 del C.S.T.; que la duración del contrato era por año escolar; que el retorno a clases se realizó de manera gradual, progresiva y segura, bajo un sistema de alternancia; que dentro de los protocolos de seguridad se buscó que las aulas de clase tuvieran ventilación cruzada; que fue el demandante quien decidió llevar a sus estudiantes al quiosco y a la cancha de fútbol del colegio, sin ningún tipo de injerencia; que lo que generó un tipo de molestia de parte de la institución fue que el actor le señalara a los estudiantes que podían bajar su tapabocas en recintos cerrados; que desde el 11 de noviembre de 2020 estaba diseñado un modelo de bioseguridad; que el aula de música contaba con televisor o videobeam, audio e internet; y que nunca se presentó soporte médico de que el demandante hubiera sufrido lesiones en su cara al impartir clases en lugar distinto al que le fuere asignado por la institución.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que, no existe controversia en cuanto a la existencia de dos vínculos laborales entre las partes, mediante los cuales el actor desempeñó el cargo de Docente de Música; que en ambos contratos se pactó un periodo de prueba de dos meses; que los contratos de trabajo estuvieron regidos por el artículo 101 del C.S.T., por lo que se entiende que cada uno perduró por el año escolar; que si bien el artículo 78 del C.S.T. establece que no es dable que exista periodo de prueba frente a contratos sucesivos, lo cierto es que estos corresponden a aquellos que se presentan sin solución de continuidad, es decir, que exista un tiempo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

prudencial de entre uno y otro no superior a 30 días; que el primer contrato del actor finiquito el 30 de noviembre de 2020 y se le volvió a contratar en febrero de 2021, por lo que, obró una interrupción de más de 30 días, existiendo solución de continuidad entre ambos contratos; que aunado a lo anterior, las condiciones eran disimiles pues en el primero la prestación de servicios fue virtual y se había enunciado que para el 2021 se efectuaría con alternancia; y que en el anterior escenario, se evidenció una falta de aptitud del trabajador para dictar su materia, pues no existía de su parte una disposición en la adaptación a los cambios que se estaban presentando, al dejarse de lado el trabajado virtual y tener que estar en alternancia, y por ende dictar clases de manera presencial.

4. Argumentos del Recurrente.

La **parte actora** manifestó que conforme al artículo 78 del C.S.T. existieron contratos sucesivos, las partes de los contratos son las mismas, al igual que su objeto; que sí existe un contrato a término fijo pues constan por escrito, y tienen periodos determinados; que la ley no establece un contrato para docentes, el que era de orden laboral; que nunca le hicieron llamado de atención, y descargos, como lo establece el artículo 29 constitucional, por lo que no se surtió un procedimiento para su desvinculación; y que en caso de despido sin justa causa se deben reconocer los meses faltantes hasta la terminación del contrato.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de estas, para reafirmar sus argumentos.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable deprecar que entre las partes existieron contratos a término fijo? y, ¿se incurrió en un despido sin justa causa, al alegarse por parte del empleador dentro del marco del segundo contrato de trabajo celebrado por las partes, como causa de terminación la no superación del periodo de prueba?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Contrato de Trabajo en Establecimientos Particulares de Enseñanza y Despido Sin Justa Causa.

El legislador a través del artículo 101 del C.S.T. previó la posibilidad de celebrar una modalidad especial de contratación laboral dirigida a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, estableciendo que este se entendería celebrado por el año escolar.

Al respecto, CSJ SL17830-2016 reiterando las sentencias CSJ Rad. 38182 del 17 de mayo de 2011 y CSJ 15623 indicó que por año escolar debía comprenderse el periodo académico, de manera que, no se refiere a un año como tal, sino que puede ser entendido como un semestre universitario. Asimismo, la H. Corte Constitucional en sentencia C-489 de 1995 declaró exequible la posibilidad de que dicho contrato fuera pactado por un término menor al año escolar, y que ante la falta de estipulación de un tiempo de duración debe entenderse que es el equivalente al año escolar.

Por otra parte, dicha modalidad de contratación se diferencia del contrato a término fijo porque en este último se puede contratar a un

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

trabajador para realizar cualquier tipo actividad lícita, el acuerdo quedara plasmada por escrito, y es menester avisar la terminación del vínculo con 30 días de antelación, so pena de su prórroga, mientras que el primero, la vinculación es únicamente para actividad docente, no es necesario suscribirlo por escrito, y no existe el preaviso (CSJ Rad. 12919 del 15 de marzo del 2000).

Descendiendo al caso, se encuentra que el demandante suscribió contrato de trabajo de profesores de establecimiento particulares de enseñanza con fundamento en el artículo 101 del C.S.T., el 27 de enero de 2020, por el “año escolar 2020” por el periodo del 30 de enero al 30 de noviembre de 2020. Igualmente, se encuentra que el 22 de enero de 2021 se suscribió un nuevo contrato de trabajo con fundamento en lo establecido en el artículo 101 del C.S.T. por el “año escolar 2021”, por el periodo del 25 de enero al 30 de noviembre de 2020 (carpeta 01); relaciones contractuales que valga decirse tuvieron la misma duración – por año escolar-, objeto contractual, pues en ambos el actor desempeñaba el cargo de Docente de Música, y carga laboral, puesto que el demandante debía cumplir una jornada laboral de 48 horas semanales.

Por tanto, para la Sala es claro que la contratación existente entre las partes se pactó de conformidad con la modalidad establecida en el artículo 101 del C.S.T., y que ello se realizó para el año escolar 2020, así como para el correspondiente al año 2021.

Ahora, y en cuanto a la terminación del segundo contrato de trabajo del accionante, el empleador dispuso *“que una vez apreciadas sus aptitudes y la convivencia de las mismas para continuar laborando en la Fraternidad como Docente de Música, nos permitimos comunicarle que la FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ, en atención a que a la fecha Usted se encuentra en periodo de prueba, ha decidido dar por terminado unilateralmente el contrato individual de trabajo suscrito por Usted y a partir del 24 de febrero de 2021, lo anterior, atendiendo a lo establecido en el artículo 76 y 80 del Código Sustantivo de Trabajo y la cláusula cuarta del precitado contrato”* (carpeta 01).

En ese orden de ideas, el empleador justificó la finalización del vínculo contractual con fundamento en el resultado insatisfactorio de su periodo de prueba, sin que se hiciera alusión a las presuntas faltas que el demandante cometió en desarrollo de su contrato de trabajo y que aduce especialmente la testigo Diana Lucia Sánchez Guaqueta, en relación con la falta de cumplimiento de normas de bioseguridad al momento de impartir su clase, y el desarrollar estas al aire libre, sin el consentimiento de la pasiva.

Al punto, se rememora que el empleador no puede invocar para justificar la terminación de un contrato de trabajo hechos distintos a los establecidos en la carta de despido (CSJ SL1077-2017).

Aclarado lo anterior, se tiene que el periodo de prueba tiene por objeto que las partes de la relación laboral conozcan las cualidades y condiciones de la labor, y se evalúen entre sí, para luego determinar la conveniencia o no de continuar con el contrato de trabajo, tal y como se colige del artículo 76 del C.S.T.

Del mismo modo, el artículo 78 *ejusdem* establece que el período de prueba no puede exceder de dos meses, y que cuando entre un mismo empleador y trabajador se celebren contratos sucesivos, no es válida la estipulación del período de prueba, salvo para el primer contrato. En igual sentido, el periodo de prueba se debe acordar por escrito, pues este no se presume, debe ser pactado expresamente entre las partes (CSJ SL493-2021).

Así las cosas, observa la Sala que el aludido periodo de prueba fue pactado tanto en el primer contrato, como en el segundo, señalándose expresamente que los primeros dos meses serían de prueba (carpeta 01); no obstante, se pactó para dos contratos sucesivos.

Ciertamente, y contrario a lo expuesto por el juzgador de primera instancia, si bien entre el primer y el segundo contrato transcurrió más de un mes, lo cierto es que fueron celebrados para los correspondientes años escolares que tenía la Institución Educación y Vida, lo que se hizo de manera sucesiva, pues como quedó visto, el accionante fue contratado para el año

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

escolar 2020 y luego, para el año escolar 2021; por lo que, el periodo de prueba, en virtud de lo establecido en el artículo 78 del C.S.T. únicamente debió ser celebrado para el primer contrato, pues era en este punto que el empleador debió verificar las aptitudes de su trabajador, y determinar la conveniencia de darle continuidad a su labor, tan es así que incluso cuando terminó la relación laboral en virtud de la finalización del periodo académico se pudo abstener de efectuar una nueva contratación.

Así mismo, no considera la Sala atendible los argumentos expuestos por el juez de primera instancia, en cuanto a que las condiciones contractuales eran disimiles, pues en el primer contrato, la prestación de servicios fue virtual y, en el segundo, se había enunciado que se efectuaría con alternancia; pues se itera, el objeto de ambos contratos era prestar el servicio de Docente de Música, así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al mencionado cargo, de conformidad con los reglamentos, órdenes e instrucciones que le impartiera su empleador, por manera que, el docente estaba supeditado a cumplir sus obligaciones a través de los mecanismos que estableciera su empleador, ya fuera de forma presencial, virtual o alternancia, siempre y cuando con ello se preservaran las correspondientes medidas de bioseguridad y salud en el desarrollo de su labor.

Adicionalmente, y ante la existencia de una pandemia como lo fue la generada por el covid-19 era razonable que el empleador acudiera a distintos mecanismos para que se pudiera ejecutar la labor por parte del trabajador, especialmente por las diferentes directivas y aislamientos que eran ordenados por el Gobierno Nacional, lo que no significa que se desdibujara el objeto de la contratación inicial, y con ello justificar la celebración de diversos y sucesivos contratos de trabajo con la inclusión en cada uno de estos de un periodo de prueba.

Así las cosas, el despido del trabajador se reputa injusto, por lo que, es dable reconocer la indemnización por despido sin justa causa, la que de conformidad con la CSJ Rad. 15623 del 23 de abril de 2001 reiterada en la CSJ Rad.38182 del 17 de mayo de 2011, es *“equivalente al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el periodo académico”*.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

En consecuencia, y en consideración a que según el contrato de trabajo del actor el salario ascendía a \$2'131.121 (carpeta 01), el valor que se debe reconocer por concepto de indemnización por despido sin justa causa asciende a la suma de **\$19'677.350,57**. Por tanto, se REVOCARÁ la sentencia, y en su lugar se ordenará el reconocimiento de la indemnización aludida.

Intereses moratorios e indexación.

La intención del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 al modificar el artículo 65 del C.S.T., no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé, concretamente para aquellos trabajadores que percibiesen una asignación mensual superior al salario mínimo legal, siempre y cuando interpusieran la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues de lo contrario, el incumplimiento debería resarcirse por medio de intereses moratorios, a partir del finiquito contractual (CSJ Rad. 36577 del 06 de mayo de 2010, CSJ SL2805-2020, entre otras).

De esta manera, los intereses moratorios es dable imponerlos únicamente en los casos previstos en el artículo 65 del C.S.T., norma que dispone que estos se pagan ante la omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales; escenario que no acaece en el presente asunto, pues como quedó visto aquí únicamente se está imponiendo una indemnización por despido sin justa causa.

Por lo anterior, y dado que la condena aludida se ve sometida a depreciación monetaria y a la pérdida del poder adquisitivo del dinero se dispondrá que su reconocimiento se haga debidamente indexado al momento en que se haga efectivo su pago

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. CONDENAR a la FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ como propietaria de la Institución Educación y Vida a reconocer y pagar a favor de LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO por concepto de **indemnización por despido sin justa causa** la suma de **\$19'677.350,57**; rubro que se deberá reconocer debidamente **indexado** al momento hacerse efectivo su pago.

B. ABSOLVER a FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ como propietaria de la Institución Educación y Vida de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. –. Costas en ambas instancias a cargo de la FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ como propietaria de la Institución Educación y Vida.

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

Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00249 -01.

Demandante: **LIBAR RENE SUÁREZ PERDOMO.**

Demandado: **FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ.**

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la FRATERNIDAD MISIONERA DE LA CRUZ como propietaria de la Institución Educación y Vida como agencias en derecho la suma de \$750.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00260 -01.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **la parte actora y COLPENSIONES** interpusieron contra la providencia que el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 21 de junio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en proceso ordinario laboral que **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ** promovió contra **PROTECCIÓN** y la recurrente restante.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES los valores ahorrados en su cuenta de ahorro individual, tales como, aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, debidamente indexados; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, actualice su historia laboral, y que reconozca y pague una pensión de vejez.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, así como el cumplimiento de los presupuestos de edad y tiempo para acceder a una pensión de vejez.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** (archivos 07 y 08), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la actora hacia PROTECCION S.A., el día 10 de septiembre de 1996.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCION S.A., a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la actora junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: Cumplido lo anterior, CONDENAR a COLPENSIONES reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez, por cumplir lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 33 y 34 de la Ley 100., en cuantía que se establezca a partir que se establezca el retiro del sistema general de pensiones, y de conformidad con lo dispuesto en el Art.13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, junto con los incrementos legales y mesadas adicionales.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas a favor de la actora. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

4. Argumentos de las Recurrentes.

Parte actora adujo que se deben reconocer gastos de administración debidamente indexados, ya que, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, tal rubro debe ser restituido.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00260 -01.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que de trasladarse a la actora se afecta la sostenibilidad financiera, se pasa por encima de la prohibición legal de no permitir el traslado cuando falten menos de diez años para cumplir la edad pensional, por demás que al estar tanto tiempo la actora se saneó cualquier irregularidad en que se hubiere podido incurrir en el acto de la afiliación, se cumplieron los presupuestos legales para la fecha del traslado, la actora goza del derecho de trasladarse lo que no podía ser impedido por el fondo privado ni por COLPENSIONES, y que el único motivo para quererse trasladar es el monto de la pensión; que frente a la condena en costas es un tercero que nada tuvo que ver en el traslado, es un afectado pues se llevó al afiliado de su régimen, y sus dineros deben ser destinados únicamente al pago de pensiones; y que se deben devolver gastos de administración, pues las cosas deben restituirse a su estado anterior, y fue el fondo privado quien generó la ineficacia que se condena.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00260 -01.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de octubre de 1994 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 103 a 107 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 06 de septiembre de 1996 (fl.98 del archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00260 -01.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 98 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante

suscribió el 06 de septiembre de 1996 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Herrera Martínez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (06 de septiembre de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que el fondo era muy estable por pertenecer al grupo antioqueño; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Del mismo modo, y frente a la reasesoría que se otorgó a la demandante el 10 de noviembre de 2010, si bien allí se estableció que la pensión con PROTECCIÓN S.A. sería inferior en comparación con la de COLPENSIONES (fl.75 del archivo 08), lo cierto es que dicha asesoría no subsana las falencias en que se incurrió en la afiliación inicial; lo anterior

encuentra su fundamento en CSJ SL1688-2019. En todo caso, del interrogatorio de parte de la actora tampoco se logra evidenciar que se acreditó con el deber de información, pues en este la actora señala que el fondo privado no informó de forma suficiente, dado que en ningún momento se ahondó en las características de los regímenes pensionales, y que por el contrario fue el asesor de dicho fondo quien le señaló que era mejor que se quedara en el R.A.I.S., pues tal situación era la que le resultaba más conveniente.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que 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.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00260 -01.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Pensión de vejez.

Al respecto, se tiene que la demandante solicita se aplique para el reconocimiento de su pensión de vejez el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que para acceder

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00260 -01.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

a una pensión de vejez se debe haber cumplido 57 años en el caso de la mujer, y un mínimo de 1300 semanas.

Así las cosas, y dado que la demandante acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma trasunta, pues nació el 04 de abril de 1964 (fl.84 del archivo 01), por lo que cumplió la edad aludida el mismo día y mes de 2021, así como alcanzó un total de 1363,14 semanas, las que se resulta de las 1260 semanas aportadas a PORVENIR S.A., 103,14 semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 103 a 125 del archivo 01).

De esta manera, resulta procedente el pago de una pensión de vejez, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Por consiguiente, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de marzo de 2021, y la fecha de generación de la historia laboral es del 22 de abril de 2021 (fls. 108 a 125 del archivo 01), ello permite concluir, que la demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliada del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional, tal y como lo dispuso el A Quo; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Igualmente, sería el caso calcular el monto de la mesada pensional, sin embargo, y ante el desconocimiento de los períodos que se pudieren haber cotizado con posterioridad - lo que podría incidir en el valor de la mesada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00260 -01.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

pensional-, no queda otro camino que ordenar que la prestación se liquide con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente; tal y como lo señaló la A Quo, por lo que la sentencia en tal sentido se confirmará.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y bono pensional, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00260 -01.

Demandante: **MARIBEL HERRERA MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **LUZ ANDREA GUZMÁN DURAN** interpuso contra la providencia que el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de febrero de 2023, dentro del proceso especial de fuero sindical –acción de levantamiento de fuero- que **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó se declare que la demandada goza de fuero sindical, que incurrió en una justa causa para terminar su contrato de trabajo, y que se levante el fuero sindical. Como consecuencia de lo anterior, solicita permiso para despedir a la trabajadora.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** La demandada ingresó a trabajar mediante contrato de trabajo a término indefinido el 01 de febrero de 2007; **2)** La demandada es miembro de la junta directiva de la organización sindical ASOTRAFIN; **3)** La demandada desempeña el cargo de Subgerente Personal Bank I; **4)** En investigación efectuada el 30 de abril de 2021 se logró determinar que la demandada abrió

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

21 pólizas sin el consentimiento de sus clientes, así como efectuó una serie de maniobras que le permitieron abrir irregularmente diez pólizas de cuatro clientes, Carlos Eduardo Rangel, Patricia Elena Quessep Feria, Juan Carlos López Trujillo y Rafael Antonio Sánchez Paris; **6)** El 13 de mayo de 2021 la Gerencia de Relaciones Laborales le comunicó a la demandada que había sido vinculada a una investigación disciplinaria por cuenta de la tramitación irregular de las diez pólizas a los clientes descritos; se le cita a la demandada a audiencia de descargos para el 18 de mayo de 2021, y se le comunica la situación a la organización sindical ASOTRAFIN; **7)** La conducta de la demandada representa una falta ética “*conflicto de interés*” por utilizar su cargo para “*obtención de ventajas y beneficios indebidos para sí...*”, aunado a que generó una pérdida económica de \$18'000.000, que afecta el buen nombre de la corporación financiera, y quedó expuesta a sanciones de la Superintendencia Financiera; **8)** El 19 de mayo de 2021, la demandada presentó sus descargos por escrito, en donde aceptó que suscribió las diez pólizas irregulares; **9)** La demandada cuenta con más de 20 capacitaciones; **10)** El 01 de julio de 2021 se tomó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de la demandada, condicionado a la resolución exitosa del proceso de fuero sindical, procediéndose a echar mano de la facultad del artículo 140 del C.S.T., esto es, pago de salario sin prestación del servicio; **11)** Entre el 08 y el 29 de junio de 2021, la demandada tomó vacaciones; y **12)** El 17 de septiembre de 2021, la Gerencia de Prevención de Fraudes e Investigaciones a través del informe CASO GPF-2020-072, informó acerca de la suma de dinero que devolvió a los clientes producto del trámite irregular de pólizas, \$70'337.796,85.

2. Respuesta a la Demanda.

ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. (archivo 13), en audiencia del 08 de octubre de 2021 se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

En cuanto a los hechos de la demanda, aceptó su vinculación a un proceso disciplinario el 13 de mayo de 2021 por la tramitación irregular de diez pólizas, siendo citada a diligencia de descargos para el 18 del mismo mes y año; y la entrega de descargos por escrito el 19 de mayo de 2021.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

Adujo que se presentó de forma extemporánea la acción, como quiera que el informe de la Gerencia de Prevención de Fraudes e Investigaciones de la Demandante data del 30 de abril de 2021, debiéndose entender que tuvo conocimiento desde el 26 del mismo mes y año, por demás que la demandada fue citada a diligencia de descargos para el 18 de mayo de 2021, dio respuesta a dichos descargos el 19 de mayo de 2021, y sólo hasta el 01 de julio de 2021 se le comunicó la terminación de su contrato de trabajo; que los contratos de seguros materializados en una póliza se hicieron cumpliendo los requisitos de Ley, tan es así, que el Banco cobró dichos contratos a las personas relacionadas, además a la demandada no se le pagó alguna suma de dinero por la venta de tales contratos; que informe corresponde a una prueba fabricada al interior del Banco, a espaldas de la demandada, por demás que si el Banco cobró la prima anual de \$1.087.200, fue porque el mencionado documento contó con la voluntad del asegurado; y que las presuntas faltas en que incurrió no se encuentran tipificadas dentro del contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: ORDENAR el levantamiento del fuero sindical de la demandada.

SEGUNDO: CONCEDER a **BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.** la autorización para finalizar el contrato de trabajo de la demandada.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones invocadas por la demandada.

CUARTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada en la suma única de \$1.160.000, y a favor del demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que la demandada es miembro de la junta directiva del sindicato ASOTRAFIN, por lo que, es dable establecer que goza de fuero sindical; que es dable establecer que el 30 de abril de 2021, la demandante tuvo conocimiento de las faltas de la demandada con el informe de investigación de la Gerencia en Prevención de Fraudes e Investigación del banco, en donde quedó en evidencia irregularidades frente a unas pólizas de seguro de cuatro seguros; que están acreditadas dichas irregularidades de conformidad con el informe

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

aludido, los testigos comparecientes, y el dictamen pericial allegado, pues de estos es dable establecer que hubo una falsificación en las firmas de los clientes frente a dichas pólizas, pues existió un montaje en estas; que aunado a lo anterior, con las pruebas referidas está demostrado que fue la demandada la encargada de recoger las firmas de los clientes frente a las pólizas que se presentaban irregularidades; que no operó la excepción de prescripción, pues si bien el empleador tuvo conocimiento del hecho generador del despido el 30 de abril de 2021, dicho término se debe contabilizar desde el momento en que se agotó el trámite de la Convención Colectiva 1991-1993, lo que ocurrió con la carta de terminación que data del 01 de julio de 2021, demandándose el 31 de agosto de 2021; y que lo dicho, por cuanto en la Convención Colectiva 2019-2021 se extendieron los beneficios convencionales a los trabajadores de ADEBAN, sindicato al que también pertenece la demandada.

4. Argumentos del recurso.

Inconforme con la decisión adoptada, la **parte demandada** interpuso recurso de apelación y manifestó que conforme al artículo 21 convencional únicamente es necesario que se escuche en descargos al trabajador sindicalizado, por lo que, al haber sido escuchado en mayo de 2021 es desde tal momento que se debe contabilizar el término prescriptivo; y que frente a la configuración de la justa causa no se tuvo en cuenta que obran correos electrónicos que dan cuenta del consentimiento de los clientes sobre las pólizas de seguros presuntamente irregulares.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Operó la excepción de prescripción frente a la acción que inició el banco demandante frente a la demandada?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1 Del Fuero Sindical.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del C.S.T. Al respecto, ha reiterado la H. Corte constitucional la relevancia de dicha figura, pues está en relación de conexidad con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales, quienes tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, por demás que el sistema jurídico ha diseñado diversas herramientas para que el ejercicio de la actividad sindical no sea una mera ilusión debido a la posición dominante de los empleadores frente a los empleados (T-330 de 2005).

En igual sentido, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87: *“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.*

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

(a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto por CSJ SL2543-2020, donde se dispuso que hacen parte de convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que *"Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (sic) a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."*

Se concluye de lo expuesto que, por mandato constitucional, el fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión, por lo que esta institución tiene una especial jerarquía, que ha pasado de ser puramente legal a ser de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. Por ello se sostiene que el fuero sindical se

reconoce tanto en beneficio del sindicato como del trabajador perteneciente a este.

Por su parte, el artículo 405 del C.S.T., define al fuero sindical como *“la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo”*; y el artículo 406 *ejusdem*, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 12 de la Ley 584 de 2000, consagra que dentro de los trabajadores amparados por el fuero sindical están *“Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; (...)”*

En cuanto a las acciones que derivan del fuero sindical, los artículos 113 y 118 del C.P.T. y de la S.S. consagran las acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores relacionados con la protección constitucional y legal del fuero sindical, estableciéndose en el primero, la posibilidad de requerir el levantamiento del aludido fuero; acción que está a cargo del empleador.

Determinado lo anterior, como estamos en presencia de una demanda presentada por el empleador con la pretensión de que se levante el fuero, y que la controversia gira en torno a la prescripción, se hace necesario traer a colación lo establecido en el artículo 118 A del C.P.T. y de la S.S., norma que dispone que el término prescriptivo para el empleador cuenta desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.

De la disposición normativa transcrita, resulta claro que, en lo que aquí concierne, el empleador que pretenda iniciar la demanda tendiente a obtener el permiso para despedir a un trabajador que goza de fuero sindical, debe acudir a este proceso especial, dentro del término de dos meses,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que invoca como justa causa o desde que el momento que agotó el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente; norma ajustada a la Constitución según lo dispuesto en sentencia C-381 de 2000.

Igualmente, en providencia CSJ STL8970-2019 dispuso que cuando el empleador decide agotar el procedimiento convencional o reglamentario, se otorgan mayores posibilidades al trabajador para defenderse y determinar si en verdad se cometió alguna de las faltas para terminar el contrato de trabajo, defensa que igualmente se acrecienta en tanto dentro del proceso de levantamiento de fuero sindical puede ejercer todas las facultades que como parte judicial se le confieren, garantizándosele así un mayor campo de acción para controvertir las pretensiones y aspiraciones de su empleador.

3.2. Del caso concreto

Descendiendo al caso, se encuentra acreditado que el 30 de abril de 2021, la Gerencia en Prevención de Fraudes e Investigación del BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. presentó un informe, señalando que LUZ ANDREA GÓMEZ DURÁN incurrió en irregularidades frente a 21 pólizas sin el consentimiento de los clientes, recomendando a la Gerencia de Relaciones Laborales y SST que se adelantaran las acciones disciplinarias y administrativas de rigor; que el 13 de mayo de 2021, la demandada fue citada a descargos; que el 18 de mayo de 2021 se remitieron a la accionada los descargos correspondientes, los que fueron rendidos el 19 de mayo de 2021; que el 01 de julio de 2021 a la demandada se le terminó el contrato de trabajo; y que el 31 de agosto de 2021 el demandante presentó demanda contra Luz Andrea Gómez Durán (carpeta 01.1 y archivo 03).

Sentado lo anterior, observa la Sala que no existe discusión en el extremo final para contabilizar la prescripción, esto es, el 31 de agosto de 2021, fecha de presentación de la demanda; por lo que, la controversia gira en torno a si se debe considerar como fecha para iniciar la contabilización de dicho término la que tuvo en cuenta el Juez de Primera Instancia, que fue la del 01 de julio de 2021, calenda en que se efectuó el despido de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

trabajadora, o por el contrario, si se debe tener en cuenta alguna fecha anterior.

Al respecto, es menester advertir que se dio cumplimiento al trámite establecido convencional o reglamentariamente para dar por terminado el contrato de trabajo el **19 de mayo de 2021**, esto es, cuando se rindió descargos.

Lo expuesto, por cuanto los artículos 86 y ss del Reglamento Interno de Trabajo visible en el link del escrito de la demanda (fl.3 del archivo 1) se establece que son sanciones disciplinarias la amonestación, el llamado de atención y la suspensión disciplinaria, pero no la terminación unilateral del contrato de trabajo, de modo que, este último evento no se encuentra sujeto al trámite dispuesto en dicha normatividad, pues está referida a sanciones disciplinarias. Sobre el tópico, CSJ SL496-2021 ha dicho el despido no tiene carácter sancionatorio, salvo convenio en contrario, lo que se puede pactar convencional o reglamentariamente.

A su turno, el artículo 94 del R.I.T., señala que *“la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la empresa no se considera como sanción disciplinaria sino como medio jurídico para extinguir aquel”*.

Por otra parte, y en lo referente a la Convención Colectiva de Trabajo 1991-1993, la Sala considera que no es dable dar aplicación al procedimiento establecido en el capítulo cuarto, tal y como lo señala la parte actora en su escrito de demanda, pues dicho acápite está referido a sanciones disciplinarias, y como el mismo empleador determinó en su R.I.T. el despido no es sanción disciplinaria, por lo que, no resultarían aplicables en tal sentido los artículos 18 y 19 convencionales.

De esta manera, el procedimiento que resultaba aplicable para la demandada, era el del artículo 21 convencional que señala:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

ARTICULO 21o. Cuando el Banco vaya a dar por terminado el contrato de trabajo de un empleado amparado por la convención colectiva, invocando una justa causa para hacerlo, antes de tomar la determinación definitivamente, oirá al trabajador inculcado quien podrá asesorarse de la organización sindical ACER.

El trabajador tiene 24 horas (dos días hábiles de trabajo) para presentar los descargos, pasados los cuales si no lo ha hecho, se considera que el trabajador ha renunciado al derecho de ser oído.

Evacuado el procedimiento anterior, el Banco puede libremente tomar la determinación de aplicar la justa causa o desistirse de su intención de hacerlo, al considerar que las explicaciones son satisfactorias y suficientes.

Sin embargo, cuando a juicio del Banco se considere que la causa o motivo para tomar la determinación del despido revista especial gravedad, éste tendrá libertad para actuar antes de evacuar el procedimiento.

Así las cosas, es claro que el empleador únicamente tenía como obligación oír a su trabajador antes de tomar la determinación definitiva, y el trabajador tenía 24 horas o dos días hábiles de trabajo para presentar su escrito de descargos; procedimiento que se cumplió, pues como quedó visto, el 13 de mayo de 2021 a la trabajadora se le requirió para rendir descargos, y a los dos días hábiles siguientes, 19 de mayo de 2021, esta presentó su correspondiente escrito dando respuesta a estos; por lo que, cumplido tal trámite convencional, la demandada tenía para accionar el término de dos meses, esto es, hasta el 19 de julio de 2021; no obstante, y como quedó visto se demandó el 31 de agosto de 2021.

Finalmente, habrá de señalarse que si bien la demandada disfrutó vacaciones del 08 al 29 de junio de 2021, según certificación obrante en el link del escrito de reforma de demanda, de tenerse en cuenta esta última fecha, como si se hubiera interrumpido el término para dar finiquito a la relación laboral de la actora, el término prescriptivo hubiera contado nuevamente a partir del 30 de junio de 2021, por lo que, se hubiera tenido para demandar hasta el 30 de agosto de 2021, no obstante, y como quedó visto, la demanda se presentó hasta el 31 de agosto de 2021.

Así las cosas, se **REVOCARÁ** la decisión del juez de primer grado, para en su lugar DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN PREVIA DE PRESCRIPCIÓN, y en consecuencia se ABSOLVERÁ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra; decisión que es acorde con las sentencias de tutela, Rad. 59276 del 23 de abril de 2020, CSJ STL1098-2022, STL530-2023, y STL899-2023 en donde casos de similares connotaciones se señaló que la decisión aludida se fundamentaba en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

argumentos razonables, que no pueden considerarse lesivos de garantías superiores.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, y en consecuencia, se ABSUELVE a LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN de las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-041-2021-00280 -03.

Demandante: **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

Demandado: **LUZ ANDREA GÓMEZ DURAN.**

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la parte actora como agencias en derecho la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00145-01.
Demandante: ÁNGEL ALBERTO MORA CORREA.
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Cuarto del Circuito de Bogotá el 6 de junio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, en proceso ordinario laboral que adelanta **ÁNGEL ALBERTO MORA CORREA** en contra de las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo

privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLFONDOS S.A, COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** (fls. 3 a 101 del archivo 5, 2 a 47 del archivo 6, y 2 a 74 del archivo 7) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La primera y la última también propusieron la de compensación.

3. Providencia Recurrída.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de ANGEL ALBERTO MORA CORREA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., suscrita el 1 de noviembre de 1997. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y COLFONDOS. Fijense como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV a cargo de PORVENIR S.A., y medio salario mínimo mensual legal vigente a cargo de COLFONDOS.

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLFONDOS señaló sobre la devolución de gastos de administración indexados que por su buena gestión se lograron unos rendimientos considerables de los aportes realizados por la demandante, no existiendo perjuicios para esta; que para condenar por los rubros de las pólizas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, se debió vincular al fondo de solidaridad, quien debe devolver lo recibido por concepto de la afiliación, pues de lo contrario se constituiría un enriquecimiento sin justa causa; que .la indexación es una condena en daños y perjuicios, lo que no fue objeto de discusión en este proceso, por demás que no se cuenta con prueba sumaria de tales daños, menoscabo o perjuicio a los aportes pensionales; y que aunado a lo anterior, el fondo actuó de buena fe y conforme a la normatividad vigente.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** refiere respecto al deber de información que se contaba con el consentimiento del actor, quien en uso de su derecho a la libre escogencia suscribió el formulario de afiliación, documento público en donde consta que la elección del fondo fue de forma libre, espontánea y sin presiones; que en suma, el actor fue asesorado sobre los aspectos del régimen pensional; que se garantizó el derecho al retracto mediante una publicación en un periódico de amplia circulación; que se desconoció el principio de la autonomía privada con el que contaba el actor; que no procede la condena por la devolución de los gastos cobrados por administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el régimen de prima media también destina el 3% de la cotización a financiar dichos gastos y para asegurar la pensión de invalidez y sobrevivencia; que los aludidos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y, por lo tanto están sujetos al fenómeno de la prescripción; y que al momento de la fusión de Horizonte Pensiones y Cesantías con PORVENIR S.A. no recibió gastos de administración de las respectivas cuentas de individuales de los afiliados.

Finalmente, **COLPENSIONES** señaló que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica al ser un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y las AFP demandadas, por demás que no puede resultar favorecida ni perjudicada con la misma, pues nada tuvo que ver con la decisión de traslado; que en caso de confirmarse la decisión se debe pagar a COLPENSIONES los perjuicios económicos que genera la decisión de instancia, puesto que en virtud de la teoría del daño del Derecho Civil, quien causa este es quien debe repararlo y no un tercero ajeno al acto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, los cuales fueron presentados por COLPENSIONES y PORVENIR para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A., así como los traslados posteriores efectuados dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 29 de abril de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 32 a 35 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 05 de septiembre de 1997 (fl.66 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble

asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 66 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05 de septiembre de 1997 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Mora Correa se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (05 de septiembre de 1997) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo

manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que los asesores de COLFONDOS S.A. señalaron que podría obtener el reconocimiento de la pensión de vejez de forma anticipada, y cuando el afiliado lo determinara; que los montos de la pensión serían similares en comparación con el I.S.S.; así como que el fondo privado generaba mayores rendimientos; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS HOY PORVENIR S.A. el 20 de noviembre de 2008 (fl.75 del archivo 01), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A., de haberle brindado en el año 1997 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la

financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que 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.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Por las mismas razones, le correspondía a COLFONDOS S.A. de devolver las sumas descontadas por gastos de administración, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima debidamente indexados, tal y como lo advirtió el A Quo en el numeral segundo de la sentencia, por lo que, se confirmará tal condena.

No obstante, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, se considera frente al argumento atinente a que en caso que fuese confirmada la sentencia, sea autorizada COLPENSIONES para obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante, que dicha entidad se encuentra libertad de acudir a los mecanismos legales consagrados en el ordenamiento jurídico para lograr el resarcimiento de perjuicios que considere se causaron en su contra.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional y comisiones**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00145-01.

Demandante: ÁNGEL ALBERTO MORA CORREA.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., 28 de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN**, que **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a esta última, contra la sentencia proferida por Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que la primera adelanta contra las personas jurídicas enunciadas.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la anulación, ineficacia o dejar sin efectos los traslados que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A Como consecuencia de lo anterior, que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS traslade los saldos o aportes que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual; reembolse cobros por seguros previsionales, comisiones y gastos de administración; que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

hubiera existido traslado de régimen pensional, y que reconozca y pague la pensión de jubilación por aportes, junto con los ajustes y reajustes ordenados por ley, las mesadas adicionales debidamente indexadas con sus respectivos intereses moratorios.

En subsidio de la pensión de jubilación por aportes solicitó pensión de vejez de que trata la Ley 797 de 2003; y subsidiariamente de esta, la pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (fls. 261 a 339 del archivo 10), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 514 a 613 del archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Finalmente, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS** (fls 637 a 813 archivo 15), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO:DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual el 11 de septiembre de 1997, con fecha de efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año por intermedio del **FONDO DE PENSIONES COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A.** quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.;** en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, a trasladar la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la actora por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones.

SEXTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** conforme a lo motivado.

SÉPTIMO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de **PORVENIR S.A** y a favor del demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de **COLPENSIONES y SKANDIA S.A.**

NOVENO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES.**

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** dijo que la nulidad o ineficacia del traslado implica que la afiliación al régimen de ahorro individual nunca existió; que la afiliación con COLPENSIONES siempre se mantuvo vigente, y por esta razón, al haberse causado el derecho pensional, pues la demandante cuenta con la edad y las semanas requeridas, es dable que se reconozca la pensión de vejez y/o jubilación desde el momento en el que se causó el derecho, junto con su retroactivo, ajustes legales y mesadas pensionales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Por su parte, **PORVENIR S.A.** dijo que el traslado de la demandante fue eficaz y válido, puesto que no se acreditó la existencia de algún vicio de consentimiento para el año 1997 con Colpatria hoy PORVENIR S.A.; que no se probaron las causales previstas en el artículo 1741 del C.C. para considerar que el acto jurídico es eficaz; que por lo anterior, la reclamación realizada se encuentra totalmente prescrita; que en el interrogatorio de parte, la demandante manifestó que el formulario de afiliación le fue entregado por un asesor que era hombre, sin que a esta le surgieran dudas, o presentara inconformidad; que se interpuso la demanda por una mera expectativa pensional económica y no por una supuesta ausencia de información; y que respecto a la devolución de gastos de administración, en el régimen de prima media se destina el 3% de los aportes, mismos valores que se destina en R.A.I.S., por lo que, se deben entender compensados.

COLPENSIONES señaló que con el acervo probatorio es viable concluir que la demandante no sufrió ningún tipo de engaño; que para la época del traslado no existía el deber de información; que la actora mostró su ánimo de continuar en el R.A.I.S., ya que estuvo afiliada por más de 20 años, y lo que pretende es beneficiarse de aportes que no ha cotizado al régimen de prima media; y que se debe trasladar por parte de los fondos privados, la totalidad del capital ahorrado, incluyendo, gastos de administración, abonos a garantía de pensión mínima y, lo pagado por seguros previsionales, ya que, el resultado de la ineficacia es que este traslado nunca existió.

Finalmente, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**, señaló en lo que respecta a gastos de administración y seguros previsionales, que el artículo 7° del Decreto 3995 del 2008 señala de manera taxativa cuáles son los dineros que deben trasladarse cuando opera un traslado de regímenes; que dicha norma indica que solamente opera la devolución de los aportes realizados en el fondo de garantía mínima, pero no que deban devolverse los gastos de administración ni seguros previsionales; que operó la prescripción de los gastos de administración, pues son rubros que tienen una destinación totalmente diferente a cubrir la pensión de vejez, son derechos crediticios.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PORVENIR S.A., COLPENSIONES y la demandante para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

6. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar y revocar parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

6.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 25 de febrero de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 41 a 74 del archivo 15; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Pensiones Colpatria hoy PORVENIR S.A. el 11 de septiembre de 1997 (fl.79 del archivo 12).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 79 del archivo 12 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 11 de septiembre de 1997 con el Fondo de Pensiones Colpatria hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Álvarez Quintero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (11 de septiembre de 1997) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora del fondo de Pensiones Colpatria hoy PORVENIR S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que tendría mejores garantías del fondo privado, tales como pensionarse con una mesada pensional superior; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. el 15 de diciembre de 2003 (fl.113 del archivo 15), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía el Fondo de Pensiones Colpatria hoy PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 1997 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que 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.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, tal y como lo dispuesto la A Quo, por lo que su sentencia en tal sentido se confirmará.

No obstante, lo anterior, se **MODIFICARÁ los numerales segundo y tercero** de la sentencia en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

6.2. De la Pensión De Vejez.

En cuanto a la pensión de vejez es sabido que el Acto Legislativo 01 del 2005 modificó el régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014. Por tanto, se debía acreditar a esta anualidad el cumplimiento del régimen anterior a la Ley 100 de 1993 para considerar que se era beneficiario del aludido régimen de transición.

En el caso, la actora solicita su prestación de conformidad con la Ley 71 de 1988, norma que establece que se debe acreditar un mínimo de 20 años de servicios, y una edad de 55 años para el caso de las mujeres.

Teniendo en cuenta lo anterior, tendríamos que en el mejor de los casos la accionante debió acreditar los requisitos de la aludida pensión de jubilación de la Ley 71 de 1988 al 31 de diciembre de 2014, no obstante, esta nació el 26 de octubre de 1960 (fl.11 del archivo 1), por lo que, la edad para acceder a dicho régimen la acreditó hasta el mismo día y mes de 2015, por ende, no es dable reconocer la prestación de conformidad con dicho régimen.

Por otra parte, se tiene que subsidiariamente, la demandante solicita se aplique para el reconocimiento de su pensión de vejez el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que solicita que para acceder a una pensión de vejez se debe haber cumplido 57 años en el caso de la mujer, y un mínimo de 1300 semanas.

Así las cosas, encuentra la Sala que la demandante acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma trasunta, pues nació el 26 de octubre de 1960 (fl.11 del archivo 01), por lo que cumplió la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

edad aludida el mismo día y mes de 2017, y alcanzó un total de 1335 semanas, las que se resultan de la sumatoria de 244 semanas aportadas al régimen de prima media, y 1091 semanas cotizadas al R.A.I.S. (fls. 41 a 50 del archivo 15).

De esta manera, resulta procedente el pago de una pensión de vejez, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema de la actora, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Sin embargo, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de enero de 2021, y la fecha de generación de la historia laboral es del 17 de febrero del 2021 (fls. 52 a 74 del archivo 15), ello permite concluir, que la demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliada del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional, tal y como lo dispuso la A Quo; lo anterior encuentra respaldo en CSJ SL6159-2016 y CSJ SL5515-2016, quien ha dicho que, salvo algunas excepciones (CSJ Rad. 35605 del 20 de octubre de 2009 y, CSJ SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Igualmente, sería el caso calcular el monto de la mesada pensional, sin embargo, y ante el desconocimiento de los períodos que se pudieren haber cotizado con posterioridad - lo que podría incidir en el valor de la mesada pensional-, no queda otro camino que ordenar que la prestación se liquide con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

En consecuencia, se **REVOCARÁ el numeral quinto** de la sentencia, y en su lugar se **CONDENARÁ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez a la actora según lo estipulado en la ley 797 de 2003, la que se ordena sea liquidada con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **REVOCAR el numeral quinto** de la sentencia. En su lugar, se **CONDENA** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO** la pensión de vejez de que trata la Ley 797 del año 2003, la que se ordena sea liquidada con el promedio de toda

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. –. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS y COLPENSIONES.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00181 -01.

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ÁLVAREZ QUINTERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

AUTO

Se señalan a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, y COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$750.000, a cargo de cada una de ellas.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written in a cursive style. The signature is positioned above the printed name.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código único de identificación: 11 001 31 05-010-2019-00842-01

Demandante: Graciela Galeano de Ariza y otros

Demandado: Fundación Hospital La Misericordia

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **GRACIELA GALEANO DE ARIZA, ZOILA ROSA FORERO DE CANTER y MARIA NORA MENZA POLO** contra la sentencia proferida por el Juzgado Diez Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que las recurrentes adelantan contra el **FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA - HOMI.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Las demandantes demandaron a la FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA - HOMI., para que se condene al reanudar con el pago del mayor valor existente entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez que perciben, así como al reajuste de la pensión, el retroactivo, los aportes al sistema de seguridad social y los intereses legales.

Como fundamento de sus pretensiones relatan unos hechos que al afecto se resumen así: Graciela Galeano de Ariza, Zoila Rosa Forero de Canter y María Nora Menza Polo se encuentran pensionadas por pensión

de jubilación a cargo de la demandada desde el año de 1996 por haber cumplido con los requisitos del art. 17 de la convención colectiva de trabajo; el monto inicial de cada de cada de sus pensiones fue de \$204.533, \$329.810 y 274.226, respectivamente, por catorce mesadas al año; dichas pensiones fueron compartidas con la pensión de vejez otorgada por Colpensiones, por lo que tal entidad les reconoció tal prestación legal de vejez el 18 de marzo de 2005, 19 de diciembre de 2003 y 18 de marzo de 2005, respectivamente.

Agregaron que el monto de la pensión de vejez fue inferior al monto de la pensión convencional recibida, por lo que la demandada decidió solo pagar el mayor valor a través de la AFP Porvenir SA de acuerdo con el contrato de administración de patrimonio autónomo suscrito el 31 de mayo de 2004; sin embargo, el 6 de febrero 2014 Porvenir SA, decidió suspender el pago del mayor valor de la pensión de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la mencionadas convención y por último, que a pesar de que Colpensiones reliquidó las pensiones, siguieron siendo inferiores a las otorgadas por el Hospital.

2. Actuación Procesal.

Una vez trabada la litis, la demandada se opuso a las pretensiones en cuanto a los hechos aceptó la totalidad de los propuestos por las actoras, con excepción de los numerales 1.10, 1.11, 1.13 y 1.42; indicó que de conformidad con el art. 15 de la convención la pensión de vejez recibida por las demandantes, sustituye en su totalidad la de jubilación, por lo que en su sentir, dicha norma no permite la compartibilidad de la pensión, sino la sustitución completa de la pensión, adujo como fundamento normativo el Acto Legislativo 01 de 2005 y las sentencias C-387 de 1994 y C-110 de 2006. En su de defensa propuso las excepciones de prescripción, pago, compensación y carencia de fundamentos fácticos y legales de la demanda.

Mediante sentencia de 16 de junio de 2022, el juzgado de conocimiento decidió declarar probada la excepción de carencia de fundamento fáctico y legal de las pretensiones de la demanda, por ende, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas por las

demandantes y las condenó en costas a la parte actora. (audio No. 10 audiencia20220404 cuaderno digital).

Para llegar a esta conclusión, el juzgado adujo que no fue motivo de discusión que las demandantes laboraron para la demandada, que son beneficiarias de la convención, que fueron pensionadas inicialmente por el hospital y, que posteriormente el ISS les otorgó la pensión legal de vejez. Agregó que en el asunto particular la pensión recibida por las actoras no es compartida, pues expresamente la convención colectiva de trabajo en el art. 15, estableció la sustitución pensional, bajo tales derroteros no existiría obligación de la demandada de cubrir los mayores valores como lo solicitan. Apoyó su decisión en las sentencias CSJ SL594-2018 y CSJ SL5137-2019.

Asimismo, consideró que no existe mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social, porque en la norma convencional no se incluyó tal obligación de hacer pago de aportes pensionales, ya que la pensión otorgada fue temporal, es decir, solo se otorgaría hasta tanto fuera reconocida la pensión de vejez, como en efecto ocurrió.

Por último, frente al reajuste anual de las pensiones percibidas por las actoras, arguyó que *se es procedente ajustarlas a la luz de la convención colectiva en su art. 17 y la Ley 71 de 1971 (sic)*, sin embargo, tales incrementos no se conceden al estar afectados por prescripción.

3. Providencia Recurrída.

Se trata precisamente de la sentencia de 16 de junio de 2022, por medio del cual el juzgado de conocimiento absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas por las demandantes y las condenó en costas. (audio No. 10 audiencia20220404 cuaderno digital).

4. Argumentos del recurrente.

Las demandantes interpusieron recurso de apelación y lo fundamentaron en síntesis: i) que las pensiones de jubilación, por ser extra legales, son compartidas con las legalmente otorgadas, conforme al acuerdo

049 de 1990 y la convención colectiva. ii) que dicha convención debe ser interpretada a favor del trabajador y, iii) que la calidad de compartida de la pensión de jubilación fue reconocida por la demandada mediante oficio 26 de febrero de 2003 y aceptado en la contestación de la demanda al hecho 1.3. y, iv) que las sentencias citas por la juzgadora no se pueden tener como precedente judicial, al no existir tres de ellas sobre el mismo tema.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación y a través de auto de 16 de noviembre de ese mismo año se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, oportunidad en la cual la parte actora y la pasiva presentaron alegatos ratificando su postura.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Las pensiones de jubilación convencional recibidas por las demandantes tienen la categoría de ser compartidas con la de vejez otorgada por el ISS, hoy Colpensiones?

Tesis

Se confirmará la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Sea lo primero indicar que el presente asunto no es objeto de discusión que **i)** las actoras laboraron para la Fundación Hospital La Misericordia en el cargo de auxiliar de servicios generales, con contrato a término indefinido así: Graciela Galeano De Ariza del 22 de marzo de 1970 al 15 de julio de 1996, Zoila Rosa Forero de Canter del 1 de febrero de 1969 al 26 de noviembre de 1997 y María Nora Menza Polo del 1° de octubre de 1973 al 8 de mayo de 1997; **ii)** que la demandada les reconoció pensión de jubilación convencional a favor de las demandantes mediante oficios RHO-1095 de 13 de junio de 1996, RHO-2612 de 26 de noviembre de 1997 y RHO-1060 de 8 de mayo de 1997, respectivamente; **iii)** que el Instituto de Seguro Social - ISS - les concedió la pensión de vejez a las accionantes así: a favor de Graciela Galeano de Ariza mediante Resolución No. 10056 de 18 de marzo de 2005, Zoila Rosa Forero de Canter mediante Resolución No.30372 de 19 de diciembre de 2003 y María Nora Menza Polo mediante Resolución No.10055 de 18 de marzo de 2005; **iv)** que la pasiva dedujo de las pensiones de jubilación reconocidas a las demandantes los aportes al sistema de seguridad en pensión al ISS y continuó pagando la diferencia por mayor valor entre ambas prestaciones y, **v)** que mediante oficio GTH-071-14, de 6 de febrero de 2014, la demandada le ordeno a la AFP PORVENIR, en su condición de administradora del patrimonio autónomo, la suspensión del pago de las mesadas de las pensiones de jubilación reconocidas a las demandantes.

Bajo esa línea, corresponde analizar si las pensiones otorgadas a la demandante tienen el carácter de compartida con la legal de vejez de acuerdo con los argumentos jurídicos enunciados por las recurrentes. Al respecto, conviene precisar que por regla general, las prestaciones pensionales extralegales, otorgadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, comportan el carácter de compartibles, con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, dicha circunstancia no obsta para que las partes, pacten su compatibilidad, pues no existe restricción alguna frente a un acuerdo de voluntades de tal connotación (CSJ SL376-2023, CSJ SL3175-2021 y CSJ SL118-2019).

Así, al examinar el artículo 15 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Hospital la Misericordia y ANTHOC, con constancia de depósito (imagen 165, PDF 07 expediente digital): *«PENSIÓN A CARGO DEL HOSPITAL PERO CON SUSTITUCIÓN A CARGO DEL ISS: Los trabajadores que a la fecha de su afiliación al ISS, tuvieren diez (10) años pero menos de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al HOSPITAL, tendrán derecho a la misma pensión de jubilación a que se refiere el artículo anterior pero dicha pensión será sustituida por la vejez, siempre y cuando el trabajador cumpla con los requisitos establecidos por los reglamentos respectivos del Instituto de Seguros Sociales, a partir de la fecha en que cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años de edad si es varón».*

Se logra evidenciar que pensión de jubilación estará a cargo del Hospital, pero dicha pensión solo será sustituida por la vejez que otorgará el ISS, *«siempre y cuando el trabajador cumpliera con los requisitos establecidos por los reglamentos respectivos del Instituto de Seguros Sociales (...)»*, en otras palabras, del mencionado artículo no se evidencia que las partes acordaran la compartibilidad de la pensión convencional con la de vejez, como bien lo concluyó el *a quo*, pues como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, en tratándose de pensiones extralegales causadas con posterioridad al año 1985, la compatibilidad debe estar enunciada expresamente (CSJ SL 6 jul. 2005, rad. n° 24959 y SL 20 mae. 2013, rad n°. 46489).

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia CSJ SL5137-2019 de H. Corte Suprema de Justicia, en la cual tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de si el artículo 15 convencional, hoy analizado, estableció la compartibilidad pensional, y concluyó que no hay lugar a deducir tal situación, pues *«para la Sala, lo que realmente denota la palabra sustitución de la citada cláusula convencional, es la intención de las partes de someter el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a lo que la sala ha denominado, una condición resolutoria, en tanto, restringió su pago a la concesión de la de vejez, siempre y cuando, el afiliado obtuviera los requisitos mínimos de los reglamentos del ISS, es decir, que su objetivo no era otro que el de proveer un beneficio pensional temporal a cargo del empleador, esto es, desde el cumplimiento de la edad acordada y hasta que el ISS*

concediera la pensión legal de vejez, independientemente de si el Hospital había continuado o no cotizando para ello, en tanto lo que se buscaba era evitar que el trabajador quedara totalmente desprovisto de ingresos pensionales.

Por tanto, al entender que la pensión jubilación acordada en el artículo 15 de la convención está sometida a una condición resolutoria, queda excluida la procedencia de la compartibilidad o compatibilidad pensional avalada por el juez de primera instancia, pues, como se indicó, ambas prestaciones no concurren en el tiempo».

De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el precedente judicial, considera la Sala que el artículo 15 de la convención colectiva de trabajo no dispuso la compartibilidad pensional, por lo que, al tratarse de una prestación de carácter temporal, sometida a la condición de obtención de pensión de vejez por parte del ISS, la demandada la podía suspender cuando a las demandantes accedieron a la pensión legal, como en efecto ocurrió, por tanto, la demandada no estaba obligada a continuar pagando el mayor valor entre la pensión convencional y la legal, pues se insiste, se trataba de una pensión cuya finalidad era evitar que las accionantes quedaran desprovistas de un ingreso económico.

Asimismo, no son de recibo los argumentos cuando afirman que las pensiones de jubilación, por ser extra legales, son compartibles con las legalmente otorgadas, pues como se indicó, al tratarse de una pensión extralegal de carácter temporal, queda excluida la aplicación del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 780 de 1990, puesto que la compartibilidad que trae esta norma tiene aplicación tratándose de la concurrencia en el mismo trabajador de una pensión extralegal vitalicia causada desde el 17 de octubre de 1985 y la de vejez (CSJ SL594-2018).

De otra parte, si bien la demandada al contestar el hecho 1.3 de la demanda aceptó como cierto que la pensión de jubilación era compartible con la de vejez, lo cierto es que de ello no se puede deducir confesión, ni tenerla como tal, pues no se debe olvidar que el nacimiento del derecho surge de una norma convencional fruto del acuerdo entre la empresa y el sindicato y es solo

a través de dicho acuerdo que las partes podrían cambiar el carácter de la prestación, pensar lo contrario, implicaría que las partes en cualquier momento y *motu proprio* pudieran modificarla, lo cual está limitado, precisamente porque la convención surge del acuerdo bilateral.

Por último, referente al precedente jurisprudencial, conviene precisar que jueces del trabajo deben considerar en sus sentencias el precedente judicial vertical que emana de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ser el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, y que decisiones tienen fuerza vinculante en virtud de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pero siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, así como la social, económica y política del momento (CSJ SL440-2021).

En este sentido, el *a quo*, al encontrar y aplicar un precedente aplicable al caso que hoy nos ocupa, se ajustó a los postulados establecidos por el órgano de cierre, por ende, mal podría dejarlo de hacer esperando a que exista otros adicionales que reafirmen lo dicho, como erradamente lo plantean las recurrentes, pues se insiste, ese deber de acatarlo garantizan los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia atacada.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

No se impondrán costas.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

Código único de identificación: 11 001 31 05-010-2019-00842-01

Demandante: Graciela Galeano de Ariza y otros

Demandado: Fundación Hospital La Misericordia

PRIMERO. – **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Diez Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que las recurrentes adelantan contra el Fundación Hospital De La Misericordia - HOMI.

SEGUNDO. - **Sin COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-20201-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., 28 de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** interpuso contra la sentencia que profirió el Juzgado Veintitrés y Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de junio de 2022, en el proceso ordinario laboral que **JOSÉ WILSON FORERO FORERO** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

José Wilson Forero Forero demandó a la UGPP con el fin de que le reconozca pensión de jubilación a partir del 1° de abril de 2015, por su condición de extrabajador oficial del ISS empleador, de acuerdo al artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el extinto ISS y Sintra Seguridad Social, con una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido durante los tres últimos años, con los correspondientes intereses moratorios, e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

Como base de sus pretensiones narró los siguientes hechos: i) que nació 19 de febrero de 1960 y cumplió 55 años el mismo día y mes de 2015; ii) se afilió al régimen de prima media el 13 de septiembre de 1977; iii) laboró para el ISS empleador por 37 años, 6 meses y 29 días, siendo su último cargo el de Auxiliar de servicios generales; iv) mantuvo su categoría de trabajador oficial y, a la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003, tenía más de 20 años de servicio; v) Sintraseguridad social y el ISS suscribieron la Convención Colectiva 2001-2004, que se encuentra vigente; vi) que el art. 98 de la convención contempla el derecho a la pensión de jubilación y, vii) el 4 de mayo de 2021 solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión convencional, pero a la fecha no ha recibido respuesta.

2.1. Contestación de la demanda

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda. Adujo *grosso modo*, que el actor no acreditó los requisitos de edad y tiempo establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo al 31 de julio de 2010; que los derechos convencionales que beneficiaban a trabajadores del ISS sólo podían tener eficacia hasta el 31 de octubre de 2004, dado que la Convención Colectiva perdió vigencia en tal periodo; y que los beneficios pensionales convencionales se vieron afectados por el Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, entre otras.

2.2. Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento resolvió (Archivo 15 audiencia Min 02:06, expediente digital):

PRIMERO: Declarar que el demandante JOSÉ WILSON FORERRO FORERO tiene derecho a la pensión convencional prevista en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y la Sintraseguridad social el 31 de octubre del 2001, a partir del 1 de abril del 2015, en cuantía inicial de \$1.999.080, la cual tiene carácter compartido con la pensión legal de vejez reconocida por Colpensiones, a partir del 19 de febrero de 2022 en Cuantía inicial de \$1.639.163.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, a pagar a favor del señor JOSE WILSON FORERO FORERO la pensión convencional, a partir del 4 de mayo del 2018 teniendo en cuenta como mesada para este año \$2.349.464, para el año 2019 \$2.424.177, para el año 2020 \$2.516.296, para el año 2021 \$2.556.808, y para el año 2022 \$2.700.501, y desde el 19 de febrero del 2022 únicamente deberá pagar el mayor valor que resulta entre esta prestación y la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, en el cual para el año 2022 corresponde a la suma de \$1.061.388, y deben aplicarse los correspondientes reajustes anuales para los años subsiguientes. Prestación que debe reconocerse por 14 mesadas al año y deben cancelarse en forma indexada las mesadas pensionales, teniendo en cuenta la fecha de su causación y el momento en que se realiza el pago, y respecto de las cuales se autoriza a la demandada realizar los correspondientes descuentos por aportes a salud.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción, en relación con las mesadas pensionales causadas antes del 4 de mayo de 2018.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada.

Para arribar a su decisión, el *a quo* empezó por citar el art. 98 de la convención colectiva de trabajo, afirmó que quedó probada la calidad de trabajador oficial del actor por más de 20 años con el extinto ISS, en el cargo de auxiliar de servicios generales, así como la edad de 55 años que fue cumplida por el 19 de febrero de 2015; por ello consideró que los requisitos de tiempo de servicios y la edad se hallan cumplidos de acuerdo con la Convención, más cuando este último es un requisito de exigibilidad y no de causación del derecho. De otra parte, frente a las consecuencias del Acto Legislativo 01 de 2005 para el caso del demandante, indicó que de acuerdo con las reglas jurisprudenciales no se vio afectado su derecho, pues la norma convencional tuvo vigencia hasta el plazo acordado por las

partes; por ello, calculó la pensión con el 100% del promedio mensual del salario percibido por el actor en los tres últimos años. Por último, consideró que la pensión otorgada debe ser compartida con la de vejez por lo que la UGPP solo asumirá el mayor valor, se abstuvo de condenar intereses moratorios y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción.

2.3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión del *a quo*. la UGPP apeló; fundamentó su recurso en que después del 31 de julio del 2010 no es posible aplicar reglas pensionales en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales, salvo los existentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo; que los beneficios pensionales que se prorrogan después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 el 2005 no pueden establecer condiciones diferentes a las que se venían rigiendo, y en todo caso perderán vigencia al 31 de julio del 2010, se refirió a la sentencia SU-555 de 2014 y concluyó que el actor no cumplió ni causó su derecho pensional porque la convención perdió vigencia el 31 de octubre de 2004.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. Asimismo, en virtud del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, a favor entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es la UGPP, procede la sala a verificar la condena impuesta en su contra, sin perjuicio de la impugnación impetrada por la apoderada de la UGPP.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Los derechos convencionales que beneficiaban a extrabajadores del ISS sólo podían tener eficacia hasta el 31 de octubre de 2004, fecha de vigencia de la Convención Colectiva, así como los beneficios pensionales que se prorrogaron después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 el 2005 tendrían vigencia solo hasta el 31 de julio del 2010?

Tesis

Modificar parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.1. De la convención colectiva y su vigencia

Asegura el demandante que cumple con los requisitos previstos en el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el extinto ISS y Sintra Seguridad Social, disposición que en su tenor literal establece (imagen 69,PDF demanda y anexos, expediente digital):

“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN

El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio

ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de los percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados*

No obstante, lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (...)".

Así, respecto en lo que atañe a la vigencia de la convención esta Sala venía exponiendo que dada la vigencia inicial de la precitada convención se pactó hasta el 31 de octubre de 2004 y que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, por lo que la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, por lo que quienes pretendieran acceder a la pensión convencional aludida requerían acreditar el lleno de los requisitos antes de la mentada data. Lo anterior, bajo el amparo de las reglas jurisprudenciales contenidas, entre otras, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 23 de enero de 2009, Rad. 30077, reiterada el 14 de agosto de 2013 y 09 de septiembre de 2015, CSJ SL1409-2015 y CSJ SL4540-2019.

No obstante, el referido criterio fue rectificado por la mencionada alta corporación en sentencia CSJ SL3635 -2020, quien al estudiar un caso en donde se solicita unas pretensiones idénticas a la que hoy formula el actor, sobre la base del mismo texto convencional y en contra de la misma demandada, indicó:

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

- a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

(...)

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha. Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.

(...)

“En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia”.

Con base en el nuevo criterio jurisprudencial, reiterado, entre otras, en las providencias CSJ SL2798-2020; CSJ SL2543-2020, CSJ SL2986-2020 y CSJ SL2736-2022, esta Sala los acogerá, y concluirá que la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita con el ISS al fijar una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2.º, la cual se extiende hasta el 2017, plazo inicialmente pactado por las partes que, el mismo ha de respetarse, por lo que se rechazará el argumento de la apelante y se procederá a estudiar si el actor cumple con los requisitos que alude el mencionado artículo convencional.

3.2. De los requisitos convencionales

No fue motivo de discusión que el demandante nació 19 de febrero de 1960 (imagen 16, PDF demanda y anexos, expediente digital) y que laboró para el ISS empleador por 37 años, 6 meses y 29 días, como trabajador oficial en el cargo el de Auxiliar de Servicios Generales (imagen 26, PDF demanda y anexos), fácil le resulta concluir a la Sala que para la fecha en la que el actor cumplió la edad de 55 años el 19 de febrero de 2015 ya superaba con suficiencia el presupuesto de tiempos de servicio al ISS, por lo que se hace acreedor a la pensión de que trata el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y Sintra seguridad social.

Por tanto, el monto de la pensión anhelada, será, como bien lo calculó el *a quo*, el promedio de lo percibido en los tres años anteriores al reconocimiento de la prestación, con una tasa de reemplazo del ciento por ciento (100%). Comoquiera que el derecho se causó cuando el actor arribó a los 20 años de servicios (CSJ SL3343-2020), fecha para la cual también contaba con 50 años, lo cierto es que su reconocimiento solo procedía a partir del 1° de abril de 2015, día posterior al finiquito contractual, se itera, ocurrido el 31 de marzo de ese año (imagen 16, PDF demanda y anexos, expediente digital).

Bajo esos postulados, la Sala liquidará la prestación teniendo en cuenta los factores salariales indicados en el inciso 5° de la norma convencional, (imagen 21 a 25, PDF demanda y anexos, expediente digital), que arroja una primera mesada pensional, para el 1° de abril de 2015 de \$1,775,746.57,00 como se refleja en el siguiente cuadro, por lo que se modificará parcialmente el fallo en este concepto:

Promedio Salarial Anual							
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/04/12	30/04/12	30	1,332,707.00	44,423.57	\$ 1,332,707.0		
01/05/12	31/05/12	30	1,716,885.00	57,229.50	\$ 1,716,885.0		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.

Demandante: José Wilson Forero Forero

Demandado: UGPP

01/06/12	30/06/12	30	2,509,448.00	83,648.27	\$ 2,509,448.0		
01/07/12	31/07/12	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/08/12	31/08/12	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/09/12	30/09/12	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/10/12	31/10/12	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/11/12	30/11/12	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/12/12	31/12/12	30	4,707,037.00	156,901.23	\$ 4,707,037.0		
Total días		270			\$ 17,240,277.0	\$ 63,852.88	\$ 1,915,586.33
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	46,495.00	1,549.83	\$ 46,495.0		
01/02/13	28/02/13	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/03/13	31/03/13	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/04/13	30/04/13	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/05/13	31/05/13	30	1,394,840.00	46,494.67	\$ 1,394,840.0		
01/06/13	30/06/13	30	2,673,327.00	89,110.90	\$ 2,673,327.0		
01/07/13	31/07/13	30	1,005,145.00	33,504.83	\$ 1,005,145.0		
01/08/13	31/08/13	30	1,426,677.00	47,555.90	\$ 1,426,677.0		
01/09/13	30/09/13	30	1,427,125.00	47,570.83	\$ 1,427,125.0		
01/10/13	31/10/13	30	1,427,125.00	47,570.83	\$ 1,427,125.0		
01/11/13	30/11/13	30	3,231,475.00	107,715.83	\$ 3,231,475.0		
01/12/13	31/12/13	30	2,034,651.00	67,821.70	\$ 2,034,651.0		
Total días		360			\$ 18,851,380.0	\$ 52,364.94	\$ 1,570,948.33
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	47,571.00	1,585.70	\$ 47,571.0		
01/02/14	28/02/14	30	1,427,125.00	47,570.83	\$ 1,427,125.0		
01/03/14	31/03/14	30	1,427,125.00	47,570.83	\$ 1,427,125.0		
01/04/14	30/04/14	30	1,427,125.00	47,570.83	\$ 1,427,125.0		
01/05/14	31/05/14	30	1,531,713.00	51,057.10	\$ 1,531,713.0		
01/06/14	30/06/14	30	3,040,456.00	101,348.53	\$ 3,040,456.0		
01/07/14	31/07/14	30	1,453,056.00	48,435.20	\$ 1,453,056.0		
01/08/14	31/08/14	30	1,453,056.00	48,435.20	\$ 1,453,056.0		
01/09/14	30/09/14	30	1,453,056.00	48,435.20	\$ 1,453,056.0		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.

Demandante: José Wilson Forero Forero

Demandado: UGPP

01/10/14	31/10/14	30	1,452,608.00	48,420.27	\$ 1,452,608.0		
01/11/14	30/11/14	30	3,352,387.00	111,746.23	\$ 3,352,387.0		
01/12/14	31/12/14	30	2,038,586.00	67,952.87	\$ 2,038,586.0		
Total días		360			\$ 20,103,864.0	\$ 55,844.07	\$ 1,675,322.00
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	1,502,478.00	50,082.60	\$ 1,502,478.0		
01/02/15	28/02/15	30	1,502,478.00	50,082.60	\$ 1,502,478.0		
01/03/15	31/03/15	30	1,502,478.00	50,082.60	\$ 1,502,478.0		
Total días		90			\$ 4,507,434.0	\$ 50,082.60	\$ 1,502,478.00
Cálculo Últimos Tres Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2012	270	76.190	82.47	1.082	\$ 1,915,586.33	\$ 2,073,479.52	\$ 18,661,315.71
2013	360	78.050	82.47	1.057	\$ 1,570,948.33	\$ 1,659,911.71	\$ 19,918,940.53
2014	360	79.560	82.47	1.037	\$ 1,675,322.00	\$ 1,736,598.86	\$ 20,839,186.33
2015	90	82.470	82.47	1.000	\$ 1,502,478.00	\$ 1,502,478.00	\$ 4,507,434.00
Total días	1080	Total devengado actualizado a:				2015	\$ 63,926,876.57
Total semanas	154.29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1,775,746.57
Total Años	3.00	Porcentaje aplicado					100%
						Primera mesada año 2015	\$ 1,775,746.57
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2015	\$ 644,350.00

Asimismo, frente al número de mesadas será de 14, comoquiera que al momento de concretar el derecho convencional (20 años de servicio en el año 1997) aún no se expedía el acto legislativo 01 de 2005. Respecto a la excepción de prescripción, se debe anotar que el actor elevó su reclamación ante la UGPP, el 4 de mayo de 2021 (imagen 16, PDF demanda y anexos, expediente digital), sin embargo, el 30 de marzo de 2015, el actor había solicitado su derecho pensional (imagen 19 a 22, PDF expediente administrativo, expediente digital), el cual fue resuelto de forma negativa mediante Resolución 45361 de 2015 (imagen 33 a 36, PDF expediente administrativo), cuyos recursos de reposición y apelación fueron resueltos mediante Resoluciones RDP00492 de 2016 y RDP0013530 de 2016 respectivamente (imagen 37 a 43, PDF expediente administrativo), y la demanda se presentó el 9 de agosto de 2021 (PDF acta de derecho y el 9 de agosto de 2021, operó el término prescriptivo, por lo que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

evidente que transcurrió el término trienal de que trata el artículo 151 del CPTSS, razón por la cual operó la prescripción respecto de las mesadas anteriores al 9 de agosto de 2018, motivo por el cual se declarará parcialmente probado ese medio de defensa.

Asimismo, como quiera que la norma convencional sobre la que se discurre descartó expresamente el recibo simultáneo de la pensión convencional y la legal de vejez, se advierte que el actor disfruta de esta última, con lo cual le corresponde a la enjuiciada pagar únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la prestación de jubilación convencional a su cargo y la otorgada por Colpensiones mediante Resolución SUB70480 del 11 de marzo de 2022.

En esas condiciones, el retroactivo pensional no prescrito y adeudado, entre el 9 de agosto 2018 y el 19 de febrero de 2022 (fecha en la que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez) asciende a \$109.119.227,93, según el siguiente cuadro, por lo que se modificará la sentencia en ese apartado:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/15	31/12/15	3.66%	\$ 1,775,747.00	0.00	\$ 0.0
01/01/16	31/12/16	6.77%	\$ 1,895,965.00	0.00	\$ 0.0
01/01/17	31/12/17	5.75%	\$ 2,004,983.00	0.00	\$ 0.0
09/08/18	31/12/18	4.09%	\$ 2,086,987.00	5.73	\$ 11,965,392.1
01/01/19	31/12/19	3.18%	\$ 2,153,353.00	14.00	\$ 30,146,942.0
01/01/20	31/12/20	3.80%	\$ 2,235,180.00	14.00	\$ 31,292,520.0
01/01/21	31/12/21	1.61%	\$ 2,271,166.00	14.00	\$ 31,796,324.0
01/01/22	19/02/22	5.62%	\$ 2,398,806.00	1.63	\$ 3,918,049.8
Total retroactivo					\$109,119,227.93

Los intereses moratorios y la indexación peticionados se confirmarán en vista del carácter extralegal de la prestación económica (SL359-2021), así como la autorización de descuento del retroactivo por concepto de Salud, por ser una obligación legal a la luz del inciso 3º del artículo 42 del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

Decreto 692 de 1994 y los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998. En ultimas, se modificará la decisión de primer grado únicamente en lo que refiere monto de la mesada pensional, la fecha de prescripción del derecho y el retroactivo.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: DECLARAR que el demandante JOSÉ WILSON FORERRO FORERO tiene derecho a la pensión convencional prevista en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y la Sintraseguridad social el 31 de octubre del 2001, a partir del 1 de abril del 2015, en cuantía inicial de \$\$ 1'775.746,57, la cual tiene carácter compartido con la pensión legal de vejez reconocida por Colpensiones, a partir del 19 de febrero de 2022, debiendo asumir el mayo valor si lo hubiere, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, el cual quedará así: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP, a pagar a favor de JOSE WILSON FORERO FORERO la pensión convencional, a partir del 4 de mayo del 2018 teniendo en cuenta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

que la mesada para este año es de 2,086,987.00, y en adelante, junto con los correspondientes reajustes anuales para los años subsiguientes, hasta el 19 de febrero de 2022, debiendo pagar a partir de esa fecha solo el mayor valor sin lo hubiere respecto de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones. La Prestación que hoy se al actor reconoce se hace por 14 mesadas al año y deben cancelarse en forma indexada teniendo en cuenta la fecha de su causación y el momento en que se realiza el pago, autorizando a la demandada a realizar los correspondientes descuentos por aportes a salud.

TERCERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, el cual quedará así: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción, en relación con las mesadas pensionales causadas antes del 9 de agosto de 2018, por lo que el retroactivo a cargo de la UGPP y a favor del actor será la suma de \$109,119,227.93, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

QUINTO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00406-01.
Demandante: José Wilson Forero Forero
Demandado: UGPP

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.
Demandante: Edgar Prieto Osorio
Demandado: Colfondos SA y otro

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente

Bogotá, D.C., 28 de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **EDGAR PRIETO OSORIO** interpuso contra la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2022, en el proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende que se declare que el actor pertenece “a la excepción a la garantía estatal de pensión mínima”, y en consecuencia, se ordene a la demandada la devolución de salados de su cuenta de ahorro individual, incluyendo los bonos pensionales recibidos.

Edifica su demanda en que no obstante haber cumplido con la edad y el número mínimas para acceder a la pensión mínima, sus ingresos y rentas como independiente son superiores al valor de la pensión mínima, por lo que hace parte de las excepciones prevista en la ley.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.
Demandante: Edgar Prieto Osorio
Demandado: Colfondos SA y otro

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada COLFONDOS, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que el actor no demostró que posee ingresos permanentes y suficientes para hacer parte de la excepción legal; aunado a que no es posible devolver los saldos de su cuenta de ahorro individual, pues cumple con todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en la modalidad de garantía de pensión mínima.

A su turno, la integrada como litis consorcio necesario, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO señaló que no es competente para resolver sobre la devolución de saldos del demandante, que al verificar su historia laboral, se constató que es beneficiario para hacerse acreedor a la garantía de pensión mínima, por lo que se entregó a la AFP donde estaba afiliado el respectivo bono pensional, y concluyó que en *sub judice* debe prevalecer el reconocimiento a la pensión que la devolución de saldos.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia en los siguientes términos (Archivo 15 audiencia Min 31:05, expediente digital):

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones del demandante señor EDGAR PRIETO OSORIO por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuestas por COLFONDOS y el MINISTERIO DE HACIENDA.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada COLFONDOS S.A. y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas las pretensiones invocadas por el demandante, por las razones indicadas en esta sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.
Demandante: Edgar Prieto Osorio
Demandado: Colfondos SA y otro

CUARTO: CONDENAR en COSTAS al demandante en favor del COLFONDOS y DEL MINISTERIO DE HACIENDA en las que se deberá incluir en la respectiva liquidación como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada una de ellas.

QUINTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante.

Para llegar a esta conclusión, el *a quo* refirió que no fue motivo de discusión la edad del demandante (62 años), que tiene 1260 semanas de cotización número de semanas cotizadas y que solicitó la devolución de saldos a la demandada el 28 de noviembre de 2017. Invocó la sentencia de la CSJ SL641-2022, la sentencia C-159-2004, el art. 84 de la ley 100 de 1993 y el art. 3 del Decreto 832 de 1996 para señalar que el actor no tiene derecho a la devolución de saldos al contar con el dinero suficiente para una pensión mínima y que, bajo los criterios jurisprudenciales, solo podrá disfrutarse cuando el beneficiario de dicha prerrogativa deje de percibir los ingresos que superen el valor que percibía con esa prestación.

Finalizó diciendo que, en gracia de discusión, de aceptar los argumentos del actor, no probó que para fecha en la cual se consolidó el derecho a la pensión mínima, tenía ingresos superiores a dicha prestación, por lo que sus pretensiones son improcedentes.

4. Argumentos del Recurrente

Por su parte, el actor solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las peticiones de su demanda, bajo los argumentos que se sintetizan así: que de las pruebas aportadas se demostró de manera clara que devengaba más de un salario mínimo para los años 2017 a 2018, pues en su criterio, se dejó de apreciar el certificado de cámara de comercio que acredita la propiedad de un establecimiento de comercio a nombre del actor que generaba ingresos superiores al salario mínimo a su favor lo cual se corrobora con los extractos bancarios del Banco de Bogotá; agregó que las resoluciones emitidas por el Ministerio de Hacienda no pueden estar por encima de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, que omitió valorar el contrato de arrendamiento en donde consta que su negocio produce ingresos por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.
Demandante: Edgar Prieto Osorio
Demandado: Colfondos SA y otro

encima de la pensión mínima, y que no estaba obligado a cotizar por el ciento por ciento de lo que devengaba.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de octubre de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por apoderados de ambas partes.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Hay lugar a declarar que el demandante hace parte de la excepción de garantía de pensión mínima y, en consecuencia, conceder la devolución de saldos a su favor?

3.1 Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

3.2. De la garantía de pensión mínima

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.
Demandante: Edgar Prieto Osorio
Demandado: Colfondos SA y otro

Sea lo primero señalar que el Art. 64 de la Ley 100 de 1993, permite que afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, puedan acceder a la pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley.

Por su parte, art. 65 de la misma ley, establece que cuando el afiliado no logra cumplir con el requisito consagrado en el artículo 64, esto es, no logra acumular el capital para financiar una pensión mínima, es obligación del fondo examinar si el afiliado cumple los requisitos para acceder a una garantía de pensión mínima, tal como así se indica:

“ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión”.

Es así como la garantía de pensión mínima de vejez, deber ser entendida como un beneficio que otorga el Estado a aquel afiliado que no completa el capital necesario para financiar la pensión mínima, siempre y cuando logre cumplir con la edad de 62 años si es hombre o 57 años si es mujer, y tenga cotizadas por lo menos 1150 semanas.

Ahora, el art. 84 de la Ley 100 de 1993, derogado posteriormente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, pero vigente para el caso que nos ocupa, pues el derecho reclamado debe ser dirimido de conformidad a la ley que rige al momento de la ocurrencia de los hechos (noviembre de 2018), por lo que dicha norma establece que: *“cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima”.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.
Demandante: Edgar Prieto Osorio
Demandado: Colfondos SA y otro

Disposición que, en su momento, fue desarrollada por el art. 3.º del Decreto 832 de 1996, y dispuso que: *“cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima, sin perjuicio del derecho a percibir la pensión que corresponda al saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual. Para los efectos del presente artículo, se entienden incluidos en renta y remuneraciones los saldos de libre disponibilidad de que trata el artículo 85 de la ley 100 de 1993.*

En desarrollo del artículo 83 de la Ley 100 de 1993, las entidades administradoras y las aseguradoras verificarán con la información a su alcance, que el afiliado o los beneficiarios, según el caso, no se encuentren en los supuestos del presente artículo. En todo caso el afiliado manifestará bajo la gravedad del juramento que los ingresos que percibe mensualmente no superan el límite requerido para acceder a la garantía de pensión mínima. Al efecto, la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá consignar en el documento respectivo, las normas sobre falsedad en documento privado”.

De lo anterior, es dable entender que el requisito plasmado en la mencionada norma de no contar con *“pensiones, rentas y remuneraciones”*, en monto *“superior a lo que le correspondería como pensión mínima”*, no es una exigencia de causación del derecho sino un requerimiento para su disfrute, en efecto, así lo señaló la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias CSJ SL2676-2021 que reitera la CSJ SL4531-2020:

“[...] la Sala considera que no le asiste razón al censor, toda vez que el plurimencionado artículo 65 ibidem dispone que son dos los únicos requisitos para la consolidación del reconocimiento de la garantía de pensión mínima: (i) haber cumplido 62 años de edad si son hombres o 57 años si son mujeres, y (ii) tener cotizadas por lo menos 1150 semanas. De modo que el presupuesto relacionado con que la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado no sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, es un requisito de exigibilidad de la pensión más que de su causación; o en otros términos, la excepción a la que hace alusión la norma

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.
Demandante: Edgar Prieto Osorio
Demandado: Colfondos SA y otro

citada es un elemento del disfrute más no de la consolidación de dicho derecho”.

3.3. Del caso en concreto.

De esta manera, al estar acreditados en el juicio los siguientes hechos: i) el nacimiento del actor el 18 de junio de 1955 (f.º 16), ii) que solicitó la pensión de vejez ante Colfondos SA el 26 de julio de 2018 (f.º 52), iii) que tal solicitud fue aprobada el 6 de noviembre de 2018 (f.º 53); iv) que el actor presentó solicitud de devolución de aportes de 26 de noviembre de 2018 (f.º 55) y, v) que Colfondos la negó mediante comunicado de 18 de diciembre de 2018 (f.º 56), es evidente que el demandante logra acreditar los requisitos para acceder (62 años y 1.150 semanas) a la garantía de pensión mínima a partir del 1 de noviembre de 2018 en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (f.º 53), por lo que no podía rechazarla y en su lugar optar por la devolución de saldos, como se deja entrever de su petición a folio 55 y de los argumentos de su recurso, ya que la garantía de pensión mínima no es optativa con la devolución de saldos, pues se insiste, cuando cumplió los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, quedó garantizado el financiamiento de la prestación con el capital de su cuenta de ahorro individual y con los recursos que en efecto asumió La Nación según lo estatuido en el Decreto 832 de 1996 tal como se evidencia de la Resolución 17210 de 23 de octubre de 2017 (archivo PDF 04 contestación Min Hacienda).

Así las cosas, al consolidar su derecho lo que sigue es el disfrute, y si bien el actor manifestó percibir recursos económicos superiores a los de la pensión mínima, el pago de la prestación solo será posible cuando deje de recibirlos, según lo regula el artículo 84 de Ley 100 de 1993, pues como lo dijo el precedente atrás señalado, una cosa es la consolidación del derecho y otra, el disfrute de la pensión, por lo que se haría inoficioso entrar a analizar nuevamente el registro de cámara de comercio del establecimiento de comercio a nombre del actor (f.º 37), sus extractos bancarios (f.º 68 a 78) y el contrato de arrendamiento (f.º 79 a 85), como lo acusa la censura, si en últimas no incidiría en nada su derecho al estar legalmente consolidado.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.
Demandante: Edgar Prieto Osorio
Demandado: Colfondos SA y otro

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones aquí expuestas, la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2022, en el proceso ordinario laboral que **EDGAR PRIETO OSORIO** adelanta contra **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00398-01.

Demandante: Edgar Prieto Osorio

Demandado: Colfondos SA y otro

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2021-00285 -01.
Demandante: YOLANDA DE LAS MERCEDES VERDUGO DALLOS.
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A y COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, en proceso ordinario laboral que **YOLANDA DE LAS MERCEDES VERDUGO DALLOS** adelanta contra las recurrentes y **COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; en consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A traslade los saldos o aportes que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual; reembolse los cobros y gastos de administración descontados; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyada de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES** (fls. 04 a 06 del archivo 07) y **PORVENIR S.A** (fls. 20 a 23 del archivo 06), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Igualmente, la primera propuso la excepción de compensación.

Finalmente, mediante auto del 13 de octubre de dos mil veintiuno se tuvo por no contestada la demanda por parte del fondo de pensiones privado **COLFONDOS S.A.** (fls 01 del archivo 12)

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 26 de septiembre del 2000, conforme a lo considerado en la parte emotiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que la actora actualmente se encuentra válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver a la **ADMINISTRADORA COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a **COLPENSIONES**, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales debidamente indexados que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren **PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.** Con motivo de la declaratoria de ineficacia de la actora, al Régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros actualizar la información en su historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en esta instancia a COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de las costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, a fin de que se surta al grado jurisdiccional de consulta.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. manifestó que no existen razones fácticas o jurídicas para establecer la ineficacia del traslado de la demandante, basándose en el artículo 9 del C.C., esto es, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su no aplicación, por demás que los principios generales del derecho establecen una presunción legal que implica que al haberse promulgado la ley esta es conocida por todos los habitantes; que lo dicho, encuentra fundamento en lo dispuesto en sentencia SU 130 de 2013; que la actora no estaba imposibilitada para conocer sobre las implicaciones de firmar el formulario de traslado; que debe ser absuelta de devolver los dineros descontados por gastos de administración, pues desplegó una buena administración de los aportes, generando rendimientos financieros en beneficio de la actora; y que es dable compensar las condenas de los gastos de administración, las comisiones o las indexaciones a cualquier título, con los rendimientos financieros que excedan los mínimos establecidos en la ley.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que la actora no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional, puesto que se encuentra inmersa en la prohibición de 10 años de que trata la Ley 797 de 2003; que la actora en interrogatorio de parte manifestó que fue su voluntad de afiliarse al régimen de ahorro individual, fue libre; que aunado a ello, la actora ha realizado cotizaciones de manera ininterrumpida, lo que exterioriza su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual; que la actora busca beneficiarse económicamente, asumiendo que en el régimen de prima media su liquidación pensional será más alta que en el régimen de ahorro individual con solidaridad; y que no se deben imponer costas, ya que, actuó bajo la buena fe y los principios legales, jurisprudenciales y constitucionales que le atañen.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 03 de abril de 1986 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en los folios 112 al 117 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 26 de septiembre de 2000 (fls 75 al 76 del archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen

consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 75 del archivo 06 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de septiembre de 2000 con PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Verdugo Dallos se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (26 de septiembre de 2000) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios

recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora de PORVENIR S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que tendría mejores garantías en el fondo privado, tales como pensionarse con una mesada pensional superior; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a COLFONDOS S.A. en julio de 2006 (fl.123 del archivo 01), es de anotar que la misma no supe la obligación primigenia que tenía PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 2000 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que

hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que 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.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aclarándose que cada uno de ellos se trata de rubros disímiles, así como tienen un fin distinto dentro del R.A.I.S. por lo que, no es dable predicar su compensación. Así, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta (CSJSL2173-2022), y en consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia a fin de ADICIONAR que PORVENIR S.A., además de devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, frente a las costas, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES además de devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

TERCERO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2021-00285 -01.

Demandante: YOLANDA DE LAS MERCEDES VERDUGO DALLOS.

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., Veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá el 7 de julio de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE** contra **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., PROTECCIÓN S.A.** y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, que PORVENIR S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES acepte su vinculación como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** (fls. 2 a 55 del archivo 7), **PORVENIR S.A.** (fls. 2 a 157 del archivo 8), **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 2 a 50 del archivo 9) y **COLPENSIONES** (fls. 2 a 50 del archivo 10), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción. Igualmente, la segunda propuso la excepción de compensación

3. Providencia Recurrída.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del demandante FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S. A., hoy PROTECCIÓN S. A., realizado el 30 de octubre de 1994, así como la ineficacia de los traslados horizontales realizados con posterioridad de COLMENA S. A., a OLD MUTUAL S. A., hoy SKANDIA S. A. y de SKANDIA S. A. a PORVENIR S. A., para entender vinculado al Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del Demandante FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales con todos los rendimientos financieros sin descuento alguno por ningún concepto, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema propuesta por la Demandada COLPENSIONES, y la de prescripción propuesta por todas y cada una de las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a cada una de las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS MIL (\$1.700.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una, conforme la parte motiva de esta providencia.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. manifestó que no hay posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional con fundamento en una falta de información, puesto que como se acreditó en el plenario, al demandante se le brindó información de carácter verbal, con lo que se cumplió lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, normativa vigente para el momento del traslado; que no es hasta el 2014 que obligó a los fondos efectuar asesorías con proyecciones pensionales; que al demandado lo que lo lleva a solicitar la ineficacia del traslado es una expectativa pensional, circunstancia que no se encuentra prevista en artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para solicitar la ineficacia de su traslado, puesto que este artículo se refiere a cuando se atenta contra el derecho a la libre elección de régimen pensional, circunstancia que no ocurre en el presente caso, dado a que traslado se hizo de manera libre y voluntaria; que el traslado lo originó PROTECCIÓN S.A., por lo que no puede derivarse consecuencias negativas en su contra, pues su actuar ha estado revestido de buena fe; que no es procedente la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales, dado a que en el régimen de prima media también se destina un porcentaje de la cotización a financiar estos rubros, por demás que estos no le pertenecen al demandado; que la Superintendencia Financiera en ha expuesto que en casos de ineficacia de traslado, las únicas sumas que se deben trasladar son cotizaciones y rendimientos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; que se debe declarar la prescripción de los gastos de administración, ya que, no forman parte integral de la pensión de vejez y, por lo tanto están sujetos a tal fenómeno.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que el actor no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional, dado a que se encuentra inmerso en la prohibición de 10 años de que trata la Ley 797 de 2003; que en el interrogatorio de parte se pudo constatar que el traslado del actor fue libre, este estaba convencido de que allí estaría mejor, y que estaba a gusto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

en dicho régimen, por demás que permaneció más de 25 años en este a través de distintos fondos.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por COLPENSIONES y PORVENIR para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a Pensiones y Cesantías Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 19 de junio de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la documental visible a folio 19 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Pensiones y Cesantías Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de octubre de 1994 (fl.34 del archivo 09).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte 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; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 34 del archivo 09, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 30 de octubre de 1994 con Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Maldonado Hincapie se trasladó al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de octubre de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que los asesores de Pensiones y Cesantías Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., le indicaron que podría obtener el reconocimiento de la pensión de vejez de forma anticipada y cuando el afiliado lo determinara, que los montos de la pensión en ambos regímenes pensionales eran asimilables, y que el fondo privado generaba mayores rendimientos; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de las partes demandadas, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto a los traslado del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de PROTECCIÓN S.A. a Pensionar hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. el 10 de septiembre de 1996 (fl.20 del archivo 07); y de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a PORVENIR el 09 de marzo de 2000 (fl.95 del archivo 08); es de anotar que las mismas no suplen la obligación primigenia que tenía PROTECCIÓN S.A., de haberle brindado en el año 1994 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; y que 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.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

Por las mismas razones, se hace necesario ADICIONAR el aludido numeral en el sentido de establecer que PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. deben devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, y rendimientos, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.**

ADICIONAR el aludido numeral en el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** deben devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2021-00438-01.

Demandante: **FREDDY HERNANDO MALDONADO HINCAPIE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00348 -01.

Demandante: **JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **FAMISANAR E.P.S.** interpuso contra la providencia que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud profirió el 22 de diciembre de 2022, dentro del proceso sumario laboral que **JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO** adelanta contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se reconozca y pague la suma de \$23'408.230 por concepto de gastos en salud en que tuvo que incurrir, junto con el pago de intereses (sic).

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Se encuentra afiliado a salud a FAMISANAR E.P.S.; **2)** Cuenta con 62 años de edad con morbilidades tales como, hipertensión, diabetes, y sobrepeso; **3)** El 25 de julio de 2020 presentó malestar general, por lo que, debió acudir al servicio de urgencias; **4)** A través de la línea de servicio de la E.P.S. se le informó que podía acudir a la Clínica Cafam Floresta, en donde

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00348 -01.

Demandante: **JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

fue atendido el día aludido a las 10:30 A.M., realizándose exámenes de sangre y radiografía de tórax; a las 6:00 P.M. se le señaló que padecía de una neumonía y que debía permanecer en observación; **5)** No se le suministró sus medicamentos por parte de la E.P.S., por lo que debió solicitar su insulina a su hijo, entre otros medicamentos; **6)** El 28 de julio de 2020 su situación de salud empeoró, debiéndose ser ingresado a la unidad de cuidados intensivos- U.C.I., no obstante la E.P.S. adujo que debía autorizar su traslado incluso fuera de Bogotá y que dicha autorización demoraría entre cuatro y siete días; **7)** Por lo anterior, se retiró de forma voluntaria de la Clínica Cafam Floresta y acudió a la Clínica de la Mujer, en donde ingresó inmediatamente a la U.C.I., debiendo pagar un abono inicial por la suma de \$7'000.0000; **8)** Al 29 de julio de 2020 la cuenta se encontraba en la suma de \$14'702.178; y el 30 de julio de 2020 en \$21'661.211, por lo que, dos abonos de \$7'000.000; **9)** El 03 de agosto de 2020 se realizó un abono por la suma de \$16'000.000; **10)** El 07 de agosto de 2020 el actor es retirado de la U.C.I. y es trasladado a piso; **11)** El 08 de agosto de 2020, E.P.S. FAMISANAR autorizó el pago de la hospitalización del 28 al 31 de julio de 2020, no obstante, se retractaría de tal decisión, informando el pago únicamente de los pagos del 31 de julio de 2020 en adelante; **12)** Fue dado de alta el 10 de agosto de 2020; **13)** El 26 de agosto de 2020 radicó queja ante FAMISANAR E.P.S., solicitando el dinero que había asumido su familia, esto es, los gastos de su hospitalización del 28 al 30 de julio de 2020 por la suma de \$23'408.230; y **14)** El 29 de octubre de 2020 radicó petición ante la E.P.S. sin que exista pronunciamiento a la fecha.

2. Respuesta a la Demanda.

FAMISANAR E.P.S. (CONTESTACION NURC 202182300242062 obrante en la carpeta 4), se opuso a las pretensiones de la demanda presentando las excepciones que consideraba tener a su favor.

Adujo que debido a la situación de salud del demandante se autorizó su traslado a la Unidad de Cuidados Intermedios, no a la U.C.I.; que el demandante firmó su salida voluntaria de la Clínica Cafam Floresta, se traslada en ambulancia contratada como particular a la Clínica de la Mujer,

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00348 -01.

Demandante: **JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

sitio al que ingresó como particular; que no se evidencian solicitudes por los tres días que el demandante asumió como particular; y que no existió incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada por parte de la entidad.

3. Providencia Recurrída.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

(...) SEGUNDO: ACCEDER a las pretensiones formuladas por el actor en contra de FAMISANAR E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S. el reconocimiento económico y pago a favor del actor, la suma de \$23'408.230 en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia

CUARTO: Sin condena en costas.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que la salud es un derecho fundamental, y que por ello, estaba guiado por unos principios como lo son, oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que en desarrollo de tal derecho se debe garantizar la atención en salud de los servicios incluidos en el Plan de Beneficios de Salud- P.B.S., así como la atención de urgencias; que acervo probatorio así como del informe médico del galeno Hernando Quevedo Martínez es dable deprecar que el cuadro del demandante constituía una urgencia vital, puesto que era un paciente que se encontraba en estado crítico como consecuencia del Covid-19; que era más que notorio que por la complejidad de su padecimiento una atención en U.C.I. en aras de restablecer su estado de salud, lo que debía realizarse de forma inmediata e impostergable a efectos de evitar mayores complejidades; que era deber de la E.P.S. en virtud del principio de integralidad asumir la totalidad del tratamiento que requirió el actor como paciente; y que los gastos demostrados asciende a \$23'408.230.

4. Argumentos de la Recurrente.

FAMISANAR E.P.S. dijo que previamente el demandante ya había acudido a solicitar la suma que se condena ante la Superintendencia de Salud, proceso J-2020-1430; que dicho proceso guarda relación en cuanto a hechos, partes y pretensiones, por lo que, operó el fenómeno de la cosa

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00348 -01.

Demandante: **JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

juzgada; y que ya realizó el 29 de noviembre de 2022 el pago de la suma pretendida.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

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

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿En el presente asunto operó el fenómeno de la cosa juzgada?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Cosa juzgada.

Tal institución jurídico procesal pretende otorgar a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, de conformidad con lo establecido en el inciso 1° del artículo 303 del C.G.P, que a la letra reza: *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*.

Dicho lo anterior, se hace necesario recordar que, CSJ Rad. 39366 del 23 de octubre de 2012, reiterada en la CSJ Rad. 54726 del 24 de junio

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00348 -01.

Demandante: **JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

de 2015, y en la CSJ SL1881-2021. explica que la fuerza de la cosa juzgada se presenta cuando un nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa de aquél donde se profirió la sentencia inicial, y entre ambos hay identidad jurídica de partes.

De esta manera, las sentencias o providencias dictadas en procesos laborales debidamente ejecutoriadas, quedan revestidas por la fuerza de la cosa juzgada, esto es, por la imposibilidad de discutir y, mucho menos, enervar sus efectos dentro de un nuevo proceso, con tal suerte que una sentencia judicial en firme no sólo queda amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, sino que además adquiere las características de definitividad e inmutabilidad.

Descendiendo al caso, se encuentra acreditado en el expediente que la aquí demandante inició proceso sumario laboral, que fuere conocido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud y en segunda instancia por esta Corporación bajo el radicado 11001220500202201704-01; dicho proceso tuvo por finalidad que se reconociera la suma de \$23'408.230 por los gastos que el señor JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO incurrió por los tres primeros días de atención de urgencias en la Clínica de la Mujer; asimismo, solicitó intereses y demás reconocimientos económicos a que hubiere lugar.

Así mismo, se fundamentaron tales pretensiones en su calidad de afiliado a salud de FAMISANAR E.P.S.; su edad y comorbilidades que padece; el malestar general que presentó el 25 de julio de 2020; el servicio de urgencias que le prestó inicialmente la Clínica Cafam Floresta; en el empeoramiento de su situación de salud el 28 de julio de 2020, por lo que debía ser ingresado a U.C.I., situación frente a la que la E.P.S. adujo que debía autorizar su traslado y que dicha autorización demoraría entre cuatro y siete días; el retiró de forma voluntaria del actor de la Clínica Cafam Floresta; y el ingreso del actor a la Clínica de la Mujer, y los gastos que allí asumió que datan del 28 al 30 de julio de 2020 por la suma de \$23'408.230 (archivo 01 de la carpeta 07).

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00348 -01.

Demandante: **JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

Conforme a lo dicho y, del análisis de las pruebas recaudadas, y concretamente frente al punto de apelación de la pasiva, se itera que para que se presente el fenómeno de la cosa juzgada, es necesario que exista entre los procesos identidad de partes, de objeto, y de causa.

Así las cosas, encuentra la Sala que en efecto existe identidad de partes, pues quien funge como demandante en el proceso 11001220500202201704-01, es el mismo demandante en este proceso, y que si bien la demandada es FAMISANAR E.P.S.

De igual manera, es dable predicar que existe identidad de objeto, pues en ambos procesos se pretende el reconocimiento de la suma de \$23'408.230 por los gastos que el señor JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO incurrió por los tres primeros días de atención de urgencias en la Clínica de la Mujer, e intereses.

Así mismo, es dable colegir identidad en la causa, puesto que en el proceso con radicado 11001220500202201704-01, se sustentó dicho reconocimiento económico en los mismos hechos que fundan este proceso; siendo reconocido tal valor en primera instancia, y conformado por esta corporación con ponencia de la Dra. Lilly Yolanda Vega Blanco.

En ese orden de ideas, es factible predicar que ocurrió el fenómeno de la cosa juzgada, pues existe identidad de partes, causa y objeto, así como se tomó una decisión de fondo sobre el reconocimiento económico que se pretende en este asunto.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** la decisión del juez de primer grado y en su lugar se **DECLARARÁ PROBADO EL FENÓMENO DE LA COSA JUZGADA**, y se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00348 -01.

Demandante: **JOSÉ LISIMACO VELANDIA ROMERO.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADO EL FENÓMENO DE LA COSA JUZGADA, y en consecuencia, se ABSUELVE a FAMISANAR E.P.S. de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR