

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00549 01.

Demandante: **LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que el señor **SANDOVAL TORRES** adelanta contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes recibidos; y a esta última a tenerlo como vinculado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00549 01.

Demandante: **LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES.**

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:

COLPENSIONES (archivo 09), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 12), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del señor LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES identificado con la C.C 19.439.021, a través del fondo administrado por la sociedad demandada COLFONDOS S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante señor LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES identificado con la C.C 19.439.021, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES identificado con la C.C 19.439.021, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial y lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado al fondo privado

Demandante: **LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

demandado, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

4. Argumentos de las recurrentes.

El **DEMANDANTE**, indicó que el artículo 365 del CGP es claro al señalar la condena en costas para las partes vencidas en juicio y en este caso ello no se tuvo en cuenta, por lo que solicita se les condene a las demandadas por tal concepto.

Por su parte, **COLPENSIONES**, manifestó que no es dable que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional dado que de las pruebas allegadas y del interrogatorio de parte, se evidencia que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria y ratificó su decisión de permanecer en el RAIS, aceptando sus condiciones, no siendo viable aludir una falta de información, pues en el interrogatorio de parte rendido por el actor, este indicó que existió una asesoría, por lo que a quien le incumbe demostrar la falta de información es al demandante de conformidad con el artículo 167 del CGP.

Indicó que, existen obligaciones en cabeza de los afiliados, como lo es la de informarse de los servicios que están adquiriendo cuando se trasladan de régimen pensional, con lo que se presenta una “negligencia” por parte del demandante, quien no corroboró la información que le fue suministrada, adicionalmente, no puede evadir sus obligaciones aduciendo la ignorancia de la ley.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00549 01.

Demandante: **LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Finalizó señalando que, no se puede tener al demandante como afiliado al RPM, pues se estaría contraviniendo el principio de sostenibilidad financiera, puesto que al recibir al demandante como afiliado se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 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 la A.F.P. 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 afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 30 de junio de 1982 presenta aportes en tal régimen (fl. 535 archivo 09), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 22 de julio de 1994 (fl. 21 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 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 21 del archivo 12, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 22 de julio de 1994 con la A.F.P. 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. (...)”*; omisión que tampoco puede subsanarse con lo

manifestado por el actor en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo allí narrado no resulta viable derivar una confesión.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Sandoval Torres se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (22 de julio de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados y tampoco se demuestra con el interrogatorio de parte rendido por el actor, como lo pretende la demandada recurrente, por las razones expuestas en antecedencia.

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 al (a) 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).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, reseñado por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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.

Ahora bien, respecto de lo reseñado por la recurrente en su recurso, referente a que el demandante como afiliado también tiene obligaciones y

que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos aquí 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, como lo arguye Colpensiones, 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 demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, se itera, 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, adicionalmente, 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 y DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los conceptos allí referidos 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).

Finalmente, atendiendo los argumentos presentados por la parte actora, frente a las costas de las que se absolvió a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., se **REVOCARÁ el numeral sexto** de la sentencia, para en su lugar **CONDENAR** en costas a dichas entidades. Lo anterior, como quiera que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00549 01.

Demandante: **LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

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 **ADICIONARLO**, para **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. –. **REVOCAR el numeral sexto** de la sentencia, para en su lugar **CONDENAR** en costas a Colpensiones y Colfondos S.A., conforme lo indicado en esta providencia.

TERCERO. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

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.

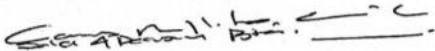
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 001 2020 00549 01.
Demandante: **LUIS EVELIO SANDOVAL TORRES.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00033 01.

Demandante: **MARÍA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que la señora **MARÍA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO** adelanta contra **PORVENIR S.A. y LA RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. enviar a Colpensiones el valor de los saldos o aportes pensionales consignados en su cuenta de ahorro individual, así como reembolsar los cobros y gastos de administración y devolver los rendimientos financieros; y a esta última, a aceptarla como su afiliada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00033 01.

Demandante: **MARÍA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO.**

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 (archivos 04 y 07), 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 05), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, las de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante MARIA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 1° de marzo de 1996, para entender válidamente vinculada a la Demandante en el régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el evento que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los descuentos que hubiese realizado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a que acepte y reciba esos los dineros provenientes de PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00033 01.

Demandante: **MARÍA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, junto con agencias en derecho a las dos Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL (\$1.800.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una de ellas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que la negativa de recibir a la demandante radica únicamente por un impedimento legal preceptuado en la Ley 797 de 2003, donde se prohíbe el traslado entre fondos de personas próximas a cumplir el requisito de edad para acceder a una eventual pensión de vejez y por ello no es dable una condena en costas, como quiera que Colpensiones se ha sometido al imperio de la ley.

Indicó que, conforme el relato de la demandante no se observó ningún tipo de vicio en el consentimiento al momento de su traslado, con lo que no se dan los presupuestos para acceder a la ineficacia del traslado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 la parte demandante y por la demandada Porvenir 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00033 01.

Demandante: **MARÍA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO.**

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 la A.F.P. 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 14 de octubre de 1987 presenta aportes en tal régimen (fl. 23 archivo 08), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 01 de marzo de 1996 (fl. 4 archivo 08).

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 4 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 01 de marzo de 1996 con la A.F.P. 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 Bejarano Castillo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (01 de marzo de 1996) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello 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 al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo pretende Colpensiones, ya que el legislador expresamente consagró la forma

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00033 01.

Demandante: **MARÍA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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 la apelante 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, como lo arguye Colpensiones, 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 demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, se itera, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00033 01.

Demandante: **MARÍA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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, adicionalmente, 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 los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, y que allí se mencionan, 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).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2022 00033 01.

Demandante: **MARÍA LUCY EDITH BEJARANO CASTILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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, no se accederá al pedimiento presentado por la recurrente, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

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:**

1.1. Que los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, y que allí se mencionan, deberán pagarse debidamente **indexados**.

1.1. Para **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 todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

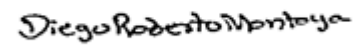
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

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.

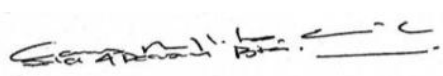
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00274 01.

Demandante: **ESTHER JULIA HERNÁNDEZ RAMÍREZ.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que **ESTHER JULIA HERNÁNDEZ RAMÍREZ** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y la RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas de administración y demás que corresponda; y a esta última a recibir dichos dineros y registrarla como su afiliada.

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 07 y carpeta 08), se opuso a las pretensiones de la demanda y su reforma, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 15), presentó oposición a las pretensiones de la demanda y su reforma y propuso, entre otras, la excepción de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de ESTHER JULIA HERNANDEZ RAMIREZ a la AFP PROTECCIÓN, realizada en el año 2008. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada 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 sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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.

Demandante: **ESTHER JULIA HERNÁNDEZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

TERCERO: 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.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la señora ESTHER JULIA HERNANDEZ RAMIREZ, de la pensión de vejez a partir del día siguiente al efectivo retiro del servicio y del sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de medio smmlv.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, solicitó tener en cuenta la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP demandada, en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando y tampoco puede considerarse a la demandante como la parte débil en este proceso, por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Manifestó que todas las actuaciones de esa entidad se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la demandante se basa única y exclusivamente en el cumplimiento de un deber legal establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que la declaratoria de ineficacia del traslado de la actora, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados pues la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00274 01.

Demandante: **ESTHER JULIA HERNÁNDEZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

demandante se beneficiaria de los aportes que los demás afiliados han realizado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 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 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 la A.F.P. PORVENIR S.A.?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00274 01.

Demandante: **ESTHER JULIA HERNÁNDEZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 25 de octubre de 1994 presenta aportes en tal régimen (fl. 41 archivo 07) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 16 de noviembre de 2007 (fl. 16 archivo 04 y fl. 39 archivo 15).

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 folios 16 del archivo 04 y 39 del archivo 15, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de noviembre de 2007 con la A.F.P. 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 Hernández Ramírez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (16 de noviembre de 2007) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información

clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello 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 al (a) 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).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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 la demandada apelante 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, respecto de argumento presentado por Colpensiones, referente a que la actora, tenía la capacidad de informarse y/o asesorarse,

siendo este uno de sus deberes como afiliada, 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 a la afiliada la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

Adicionalmente, 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, como arguye Colpensiones, 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 demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, se itera, 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, acertada resulta la decisión proferida en primer grado y por tal razón se CONFIRMARÁ.

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).

3.2. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, la actora solicita su prestación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993; el artículo 33 de esta última norma (modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), establece que se debe acreditar un mínimo de 1.300 semanas de cotización y, para el caso de las mujeres, 57 años de edad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que la demandante nació el 15 de mayo de 1963, a decir del documento de identidad visible a folio 29 del archivo 05, por lo que cumplió 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2020; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arribada por Protección S.A. con fecha de generación 15/02/2023 (fls. 72 a 86 archivo 15), para el mes de diciembre de 2022 la demandante acredita 1.441 semanas, con lo que, cumple con los requisitos para acceder a la prestación pensional.

Sin embargo, a efectos de determinar la fecha de reconocimiento de dicha prestación, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00274 01.

Demandante: **ESTHER JULIA HERNÁNDEZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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.

Así las cosas, revisado el documento en mención, se tiene que la última cotización data del periodo de diciembre de 2022, y la fecha de generación de la historia laboral es del 15 de febrero del 2023, ello permite concluir, que la demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, sin que tampoco demostrara la fecha de desafiliación del 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; 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.

Por lo antes expuesto, acertada resulta la decisión de primera instancia, resaltando que la parte demandante no apeló la decisión tomada en el fallo aquí estudiado, respecto de la pretensión pensional, y 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,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 004 2021 00274 01.

Demandante: **ESTHER JULIA HERNÁNDEZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

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.

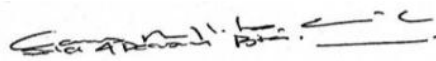
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00580 01.

Demandante: **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GAONA.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de enero de 2023, en proceso ordinario laboral que **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GAONA** adelanta contra **PORVENIR S.A. y la RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad absoluta y/o ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero existente en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, intereses y demás frutos generados, así como los gastos y demás rubros recibidos; y a esta última a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00580 01.

Demandante: **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GAONA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

tenerlo como su afiliado y reconocer la pensión de vejez a partir del 01 de abril del 2018, conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la misma norma.

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 y su reforma, 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 04 de noviembre del 2021 (archivo 11), se tuvo por no contestada la demanda por esta AFP.

3. Providencia Recurrida.

El a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el día 15 de diciembre de 1998, por el señor José Ignacio Rodríguez Gaona del régimen de prima media con prestación definida administrada por extinto ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones S.A la totalidad de las sumas que hubiese recibido como productos de las cotizaciones realizadas por el demandante José Ignacio Rodríguez Gaona durante su permanencia en dicha administradora del RAIS incluyendo el tiempo que permaneció en la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A., es decir el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante, con sus respectivos rendimientos financieros incluyendo además dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima.

Demandante: **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GAONA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

TERCERO: ORDENAR a la demandada Colpensiones a la reactivación inmediata del demandante José Ignacio Rodríguez Gaona al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, además de recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído.

CUARTO: DECLARAR que al señor José Ignacio Rodríguez Gaona le asiste el derecho de disfrutar de la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante José Ignacio Rodríguez Gaona la pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2018, la cual deberá liquidar Colpensiones en su momento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, la que se reconocerá en número de trece mesadas pensionales al año, conforme la parte considerativa de este proveído.

SEXTO: OTORGAR a la demandada Colpensiones como a la AFP Porvenir S.A un término perentorio de 60 días para proceder a finiquitar la devolución de las sumas que han sido ordenadas en este proveído.

SÉPTIMO: AUTORIZAR a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional reconocido el valor del porcentaje correspondiente en el sistema de seguridad social en salud respecto de las mesadas causadas al momento del pago.

OCTAVO: EXCEPCIONES se declaran imprósperas.

NOVENO: CONDENAR en costas a la AFP Porvenir en favor del demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (2 SMMLV).

DECIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de Colpensiones, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

4. Argumentos de las recurrentes.

COLPENSIONES, en síntesis, indicó que existe una prohibición legal, pues al momento de solicitar el retorno del RAIS al RPM, el actor se encontraba inmerso dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues se encontraban a menos de 10 años para adquirir la edad para acceder a la pensión de vejez en el RPM,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00580 01.

Demandante: **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GAONA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

prohibición que busca proteger a los afiliados que sí han hecho aportes en este régimen.

Precisó que el deber de información solo se materializó con la expedición de la Ley 1748 de 2018 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que, para el año 1998 resultaba imposible para las AFP contar con una prueba adicional al formulario de vinculación para soportar que se le brindó una asesoría al potencial afiliado, máxime cuando, este último, como consumidor financiero de informarse respecto de la vinculación con los fondos de pensión privados.

Manifestó que, si bien se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento, como fue el de fuerza o coacción por parte de su empleador para la afiliación, ello no se alegó dentro del término consagrado en el artículo 1750 del Código Civil, esto es dentro de los 4 años siguientes a la suscripción del formulario de afiliación que data del año 1998.

Frente al reconocimiento de la pensión, indicó que no resulta su declaratoria ya que Colpensiones tendrá a cargo la prestación pensional cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado e ingresen los aportes y recursos con los que se financiará, lo que sustentó en providencias proferidas por el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 el demandante a la A.F.P. PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. 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.

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 21 de noviembre de 1970 presenta aportes en tal régimen (fl. 38 archivo 01 y fl. 133 archivo 10) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 15 de diciembre de 1998 (fl. 23 archivo 01 y fl. 100 archivo 10).

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 folios 23 del archivo 01 y 100 del archivo 10, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 15 de diciembre de 1998 con la A.F.P. 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 el señor Rodríguez Gaona se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de diciembre de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello 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, como lo pretende la recurrente, exigiéndole al (a) 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).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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 la demandada apelante referente a que el actor 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, respecto de argumento presentado por Colpensiones, referente a que el actor, como consumidor financiero, tenía la obligación de informarse y/o 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 a la afiliada la información en los términos expuestos en la jurisprudencia aquí citada, al momento de realizar su traslado.

Adicionalmente, 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, como arguye Colpensiones, 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 demandante, con lo que se financiará la pensión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00580 01.

Demandante: **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GAONA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

De otro lado, se itera, 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, adicionalmente, 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 los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, y que allí señala, 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).

3.2. De la pensión de vejez.

En cuanto a la pensión de vejez, en el caso bajo estudio, el actora solicita su prestación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993; el artículo 33 de esta última norma (modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), establece que se debe acreditar un mínimo de 1.300 semanas de cotización y, para el caso de los hombres, 62 años de edad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el demandante nació el 01 de abril de 1956, a decir del documento de identidad visible a folio 22 del archivo 01, por lo que cumplió 62 años de edad, el mismo día y mes del año 2018; en cuanto a las semanas de cotización, conforme la historia laboral arrojada por Porvenir S.A. con fecha de generación 02/05/2018 (fls. 35 a 57 archivo 01), para el mes de abril de 1999, fecha de la última cotización, el demandante acredita 1.462 semanas, con lo que, cumple con los requisitos para acceder a la prestación pensional.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el demandante acreditaba los requisitos para acceder a la prestación desde el 01 de abril del 2018, fecha en la que cumplió el último de los requisitos para ello, procedente efectuaba realizar el cálculo de la pensión de vejez; pese a ello, la parte demandante

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00580 01.

Demandante: **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GAONA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

no presentó reparo alguno frente a tal determinación y en atención al principio de la *non reformatio in pejus*, no es posible efectuar pronunciamiento alguno frente al particular, pues no podrá agravarse la condena impuesta a Colpensiones, único apelante.

Por lo antes expuesto, y en lo demás, la sentencia 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 segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR:**

- 1.1.** Que los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, y que allí señala, deberán pagarse debidamente **indexados.**
- 1.2.** Para **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.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2019 00580 01.

Demandante: **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GAONA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

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 05 011 2021 00256 01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que **OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS** adelanta contra **PORVENIR S.A. y LA RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del ISS – hoy Colpensiones, a la AFP Porvenir S.A., realizado en el año 2000.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes cotizados, junto con los rendimientos, intereses, cuotas y gastos de administración, entre otros conceptos; y a esta última a recibir tales dineros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00256 01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Así mismo, deprecia se condene a Porvenir S.A. al pago de ña indemnización total de perjuicios a su favor.

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 (archivos 17 y 18), 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.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 19), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado el cuatro (04) de abril del 2000 por el señor OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron descontados de la cotización y que fueron destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendidos estos gastos de administración como las comisiones de administración, el pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse presentado, el pago de primas de reaseguro de FOGAFÍN.

Demandante: **OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído

CUARTO: Las excepciones propuestas se declararán imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la AFP Porvenir S.A. incluyendo como agencias en derecho a favor del demandante, la suma de 2 SMLMV.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

SÉPTIMO: Las pretensiones subsidiarias impetradas en la demanda quedan despachadas de manera desfavorable dentro del presente proceso.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado, pues se encuentra a menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión en el RPM.

Expuso que se presenta una “errónea interpretación” del artículo 1604 del Código Civil, pues esta interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia, hace que la responsabilidad recaiga en los fondos privados de pensiones, lo que la convierte en una responsabilidad objetiva, pues no se exige por parte del demandante que se demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de efectuar su afiliación al RAIS y se “obliga” a que toda la carga probatoria recaiga en las AFP, sin que exista el menor esfuerzo por parte de los demandantes para demostrar que efectivamente se presentaron esos vicios del consentimiento, lo que “quiebra las cargas probatorias” en este tipo de procesos.

Expuso que el régimen de protección al consumidor establece unos mínimos que recaen en cabeza de los afiliados de informarse o asesorarse y en el caso concreto el demandante guardó silencio en el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, con lo que se entiende que tomó una decisión consciente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00256 01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

de permanecer en este régimen y solicitó tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera.

Solicitó que, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor por parte de Porvenir S.A., emolumentos que deben ser devueltos debidamente indexados, pues Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto esa AFP reintegre dichos recursos y se confirme la no condena en costas, al ser un tercero que no participó en el acto que se presume ineficaz y al que se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre dos partes ajenas a Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 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 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 la A.F.P. 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 el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 02 de abril de 1977 presenta aportes en tal régimen (fl. 1 archivo 18), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 04 de abril del 2000 (fl. 76 archivo 19) y posteriormente realizó traslado entre AFP del RAIS, el 09 de marzo del 2006 cuando se trasladó a la AFP HORIZONTE (fl. 77 archivo 19).

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 76 del archivo 19, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 04 de abril del 2000 con la A.F.P. 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 el señor Acosta Arias se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (04 de abril del 2000) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello 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, como lo pretende la recurrente, exigiéndole al (a) 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).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, señalado por Colpensiones, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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 la apelante referente a que el actor 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.

Ahora bien, respecto de lo reseñado por Colpensiones en su recurso, referente a que el demandante como afiliado también tiene obligaciones, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos aquí 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, como lo arguye Colpensiones, 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 demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, se itera, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00256 01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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, adicionalmente, 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 los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, y que allí señala, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2021 00256 01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de la A.F.P Porvenir S.A., a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

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:**

- 1.1.** Que los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, y que allí señala, deberán pagarse debidamente **indexados.**

Demandante: **OSCAR ALBERTO ACOSTA ARIAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

- 1.1. Para **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 todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

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.

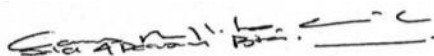
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2022 00093 01.

Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO** contra la providencia que profirió el Juzgado Once Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 23 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que el **RECURRENTE** adelanta contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare que la fecha de estructuración de su invalidez fue el 01 de julio de 2018 y como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones al pago de una pensión de invalidez en aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el pago del retroactivo, la actualización de las mesadas y el pago de los intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes **hechos**:
1) Nació el 05 de septiembre de 1963; **2)** Cotizó un total de 940 semanas; **3)** El 03 de noviembre de 2004 se practicó evaluación médico - laboral por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2022 00093 01.

Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

parte del ISS, otorgándosele un porcentaje del 60% y fecha de estructuración del 26 de febrero de 1985; **4)** El 26 de abril de 2016 radicó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta la calificación del 03 de noviembre de 2004; **5)** A través de la Resolución GNR 174292 del 16 de junio de 2016, Colpensiones niega la pensión de invalidez, *“debido a que el dictamen de pérdida de capacidad es del año 2004 y han transcurrido más de 11 años, por lo que se requiere de un nuevo dictamen”*; **6)** Desde el año 2018 inició el trámite con Colpensiones, con el fin de obtener el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral; **7)** Mediante oficio del 27 de agosto de 2018, Colpensiones le informa el trámite y el 30 del mismo mes y año lo requieren para que aporte historia clínica completa y actualizada, lo que cumplió el 06 de septiembre de 2018; **8)** El 19 de septiembre de 2018 se llevó a cabo la cita de valoración para el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral y el 12 de diciembre del mismo año, solicitó el dictamen de pérdida de capacidad laboral, petición que reiteró el 08 de enero del 2019; **9)** El 21 de febrero del 2020, Colpensiones le notificó el Dictamen DML 3716485 del 31 de enero del mismo año, estableciendo un porcentaje del 54.90% de pérdida de capacidad laboral; **10)** El 03 de marzo del 2020 interpuso recurso de apelación contra el dictamen en mención; **11)** La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, mediante dictamen PCL 79125393-8495 del 26 de noviembre de 2020, incrementa el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 60%; **12)** Cumple con los requisitos establecidos en la ley para que se le reconozca una pensión de invalidez; **13)** El 16 de marzo del 2021, por intermedio de su apoderado, radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de invalidez; **14)** Mediante Resolución SUB 220817 del 10 de septiembre de 2021, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; **15)** El 21 de septiembre de 2021 radicó recurso de apelación contra la mentada Resolución, el cual fue resuelto mediante la Resolución DPE 10148 del 12 de noviembre de 2021, donde confirman el acto administrativo apelado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivos 06 y 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Indicó, en síntesis, que al demandante le fueron practicados tres dictámenes de pérdida de capacidad laboral, en donde se establece como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el 26 de febrero de 1985, con lo que la normatividad aplicable al caso concreto es el Decreto 3041 de 1966 en su artículo 5, modificado por el artículo 12 del Acuerdo 013 de 1983, aprobado por el Decreto 232 de 1984 que consagra como requisitos para obtener la pensión de invalidez: i) ser inválido permanente conforme lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 90 de 1948 y ii) tener acreditadas 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la invalidez, 75 de las cuales deben corresponder a los últimos 3 años y precisó que, revisada la historia laboral del demandante, se evidenció que comenzó a cotizar al sistema de pensiones el día 12 de diciembre de 1985 y la fecha de estructuración de la invalidez es del 26 de febrero de 1985, por lo que es un riesgo no asegurable.

Así mismo, manifestó que las personas que padecen una enfermedad progresiva, degenerativa o congénita gozan de una protección constitucional reforzada y que tienen derecho a acceder a la pensión de invalidez prevista en la Ley 860 de 2003, a partir de la fecha en la cual acreditaron los requisitos previstos en la misma, contados hasta la fecha de estructuración de la invalidez, para dar aplicación al precedente judicial de la Corte Constitucional, siendo el parámetro de referencia para la validación de requisitos legales y la contabilización de semanas, la correspondiente fecha en la que se emite el dictamen de calificación que declara la pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva, por lo que, al revisar el dictamen de pérdida de capacidad laboral evidencia que estas enfermedades no aplican para el hoy demandante, como tampoco acredita el requisito mínimo de semanas a la fecha de emisión del dictamen, por lo que no le es aplicable esta normatividad.

3. Providencia Recurrida.

El **a quo** dictó sentencia **absolutoria**.

Para arribar a tal conclusión, señaló, en síntesis, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de vieja data tiene definido que, la legislación aplicable en los casos en que se pretenda el reconocimiento de la pensión de invalidez es la norma vigente a la fecha de estructuración de la misma, que en este caso resulta ser el artículo 5 del Decreto 3041 de 1966, como quiera que en los tres dictámenes practicados al demandante se estableció como fecha de estructuración de la invalidez el día 26 de febrero de 1985; manifestó que, la mentada norma establece que, tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones: i) ser inválido permanente conforme el artículo 45 de la Ley 90 de 1948 y ii) tener acreditadas 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la invalidez, 75 de las cuales deben corresponder a los últimos 3 años; sin que el demandante cumpla este último, pues de las pruebas allegadas al plenario se evidencia que su primera cotización en el régimen de prima media data del 12 de diciembre de 1985, por lo que, a la fecha de estructuración de su invalidez no contaba con las semanas exigidas en la norma en mención.

De otro lado, y como quiera que la parte demandante solicita se modifique la fecha de estructuración de la invalidez, frente al particular manifestó que, lo planteado es la “*modificación de la teoría de la pérdida de capacidad laboral residual*”, destacando que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha destacado que los Jueces Laborales tienen competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados y que contextualizan la invalidez establecida por las entidades competentes y que los dictámenes allegados a los procesos constituyen prueba que debe ser analizada, pero que no los atan para establecer la fecha de estructuración, con el fin de resolver las controversias que los interesados formulen a efectos de determinar desde cuándo un trabajador ha perdido en realidad su capacidad para continuar laborando, lo que ocurre para el caso de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, conforme lo

dispuesto en la sentencia con radicado 29622 del 19 de octubre de 2006 y las demás emitidas con posterioridad, además, que ha de tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional respecto de tales enfermedades, las cuales son aquellas de larga duración y progresión lenta, pues en esos casos la disminución o pérdida de la capacidad laboral no se produce en un mismo momento sino que se puede ir generando de manera paulatina y en tal sentido la pérdida definitiva de la capacidad laboral puede ocurrir en una fecha posterior a la fecha que determine la entidad calificante de la invalidez y en estos casos el trabajador, con su capacidad residual, puede continuar laborando y ha podido seguir vinculado laboralmente y realizando cotizaciones al sistema, tal y como se ha dicho en sentencias como la T-057 de 2017 y la SU-588 de 2016.

Frente al caso concreto, señaló que, de las pruebas arrimadas al expediente se evidencia que la pérdida de capacidad laboral del demandante se deriva de dos eventos puntuales, el primero como consecuencia de una poliomielitis que el actor padeció cuando tenía un año y medio de edad, esto es en el año 1965, y el segundo, como consecuencia de la secuela denominada “defectos del campo visual”, que se deriva de la recesión de un tumor cerebral frontoparietal que tuvo lugar en el año 1985, esto es antes de la afiliación del actor al ISS, advirtiendo que ninguno de estos dos eventos, que fueron los que generaron el estado de invalidez del demandante, pueden ser catalogados como una enfermedad congénita, crónica o degenerativa de la cual pueda afirmarse que ha avanzado paulatinamente hasta dejar al demandante en un estado en el que no puede laborar debido a su enfermedad, pues se demostró que laboró para un call center en el año 2016 y que el contrato se acabó, sin que pueda afirmarse que a partir de allí haya perdido su capacidad laboral como producto de alguna de las enfermedades que padece, además, en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación, también se incluyó dentro de las deficiencias calificadas, un tumor maligno de colon, también se anotaron unos eventos de depresión y un problema de lumbalgia, estos dos últimos diagnósticos no generaron secuelas que hayan sido calificadas y si bien la secuela del cáncer de colon sí fue incluida por la Junta dentro de las secuelas que le generan el 60.88% de pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que este no es el defecto que causa su invalidez.

Concluyó manifestando que, ninguno de los dos eventos principales que generaron la invalidez del actor puede calificarse como una enfermedad crónica, degenerativa o congénita frente a la cual pueda aplicarse la teoría de la capacidad laboral residual.

4. Argumentos del recurrente.

La parte **demandante**, indicó que, en este caso debe considerarse lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia T-043 de 2014, en la que se señaló que existen eventos en los que el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta se aparta de la realidad, por lo que le corresponde al Juez evaluar si es determinable la fecha material o real de la configuración de la invalidez para realizar el cálculo de las semanas cotizadas con base en esa data, posición que también expuso en sentencias T-572 de 2013 y T-699 de 2007.

Para el caso particular señaló que, se consideró que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante correspondió al 26 de junio de 1985, conforme el resumen de semanas cotizadas se evidencia que el señor Martínez Marcelo cotizó al sistema desde el 12 de diciembre de 1985 hasta el 30 de junio de 2018, por lo que el juez laboral debe considerar las condiciones sociales, de salud y subsistencia del demandante y verificar su realidad, por lo que en este caso debe considerarse que, el actor inició su vida laboral en el año de 1985, en fecha posterior a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, debido a que tenía que subsistir, existiendo una circunstancia incapacitante que se fue dando con el paso del tiempo e impidió que continuara laborando, situación que se debe al cáncer de colon que empezó a sobrellevar y que impide que pueda laborar.

Expuso que, conforme lo señalado en la sentencia T-699 de 2007, el sistema no puede beneficiarse de los aportes realizados por el demandante para luego decir que no cumple con los requisitos para la prestación; adicionalmente, señaló que no solo se debe restringir el estudio a si la enfermedad del demandante es degenerativa, sino que deben mirarse todas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2022 00093 01.

Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

las condiciones que enmarcan las circunstancias de salud del accionante, siendo posible la aplicación de la sentencia T-057 de 2017, que permite que se determine la estructuración o se verifique el cumplimiento de semanas teniendo en cuenta la última cotización efectivamente realizada, momento en el que pierde definitivamente su capacidad laboral, dando así aplicación a los principios de flexibilización y condición más beneficiosa.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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:

¿Resulta dable, en aplicación del criterio de capacidad laboral residual desarrollado como subregla de la jurisprudencia nacional, el reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante, teniendo como fecha de estructuración de la invalidez la del día que el demandante realizó su última cotización al sistema general de pensiones y no la de estructuración establecida en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral a él efectuados?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

De la pensión de invalidez.

Lo primero por señalar es que, la pensión de invalidez es una prestación que suple los ingresos de una persona que por razones involuntarias ha perdido su capacidad laboral y, por ende, se ve impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo. Según el ordenamiento sobre la materia, se considera inválida una persona cuando por una causa no provocada intencionalmente pierda el 50% o más de su capacidad laboral¹.

Así mismo, es pertinente memorar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez es la vigente a la fecha de estructuración de la misma, como de manera reiterada lo ha establecido la H. Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, entre otras en sentencias como la CSJ SL4031-2017, CSJ SL3905-2018 y CSJ SL1040-2021).

Por lo anterior, teniendo en cuenta que, los tres dictámenes de pérdida de capacidad laboral efectuados al actor², fueron contestes en determinar como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del señor Martínez Marcelo fue el 26 de febrero de 1985, razón por la cual, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 5 del Decreto 3041 de 1966 (original), que indica:

Artículo 5. Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

- a. Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 90 de 1948;
- b. Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de los cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años.

¹ Artículo 38 Ley 100 de 1993.

² De fechas 03/11/2004, efectuado por el ISS (fl. 87 archivo 07); 06/11/2019 efectuado por Colpensiones (fls. 20 a 23 archivo 01) y 26/11/2020 efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca (fls. 39 a 46 archivo 01).

De la determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

La jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, siguiendo lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, modificado por el Decreto 1507 de 2014, ha dicho que *“la invalidez se estructura cuando la persona ha perdido, en forma definitiva, su capacidad para trabajar.”* (CSJ SL 1193 de 2015 Rad. 48073).

También se ha sostenido de manera unánime y pacífica, que los dictámenes emitidos por la junta de calificación o los entes que por ley le corresponde realizar la valoración de la pérdida de la capacidad laboral no son conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que pueden ser evaluadas o desvirtuadas por el juez laboral, atendiendo la libertad probatoria consagrada en el artículo 60 del CPTSS.

Al punto, en sentencia CSJ SL3992 de 2019 Rad. 77965, se dijo:

“Específicamente, en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de tal evento, la Corte ha sostenido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria. En la sentencia CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 29622, reiterada en CSJ SL16374-2015 y CSJ SL2496-2018, entre otras, se dijo al respecto:

Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables. La regla sentada en el fallo citado por el recurrente como apoyo de su criterio es que, en principio, la declaración del estado de invalidez es materia de expertos y no corresponde, en los actuales momentos, a la entidad de seguridad social, como ocurría antes, sino a unos entes autónomos, como son las juntas Regionales en primera instancia, y la Nacional en último grado.

De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor

de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo.

Pese a lo anterior, “*apartarse de un documento científico elaborado por expertos, exige una valoración probatoria que se sustente en evidencia igualmente científica, especializada e idónea que le permita al juez modificar los aspectos que deban controvertirse en la prueba.*”³

Ahora bien, también ha dicho esa máxima Corporación:

“conviene distinguir que una cosa son las controversias propias del dictamen y otra la determinación del momento a partir del cual deben contarse los aportes o semanas válidas que configuran el derecho a la pensión de invalidez, la cual no tiene que ser particularmente la fecha de estructuración, pues la pérdida definitiva de la capacidad laboral que implique una situación de invalidez en el caso de las enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas también puede advertirse en: (i) la data de calificación del estado de invalidez; (ii) la solicitud de reconocimiento pensional; (iii) la de la última cotización realizada -pues se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando- o, (iv) cuando se presentan secuelas de manera ulterior a la fecha de estructuración y dan cuenta que la persona perdió de forma definitiva su capacidad laboral (CSJ SL3275-2019, CSJ SL4567-2019 y CSJ SL4178-2020).

Así las cosas, de lo expuesto la Sala puede concluir que en relación con la determinación de la fecha de estructuración debe el juez:

1) Sin perjuicio de la libertad probatoria y la libre formación del convencimiento en relación con las controversias que se susciten respecto del contenido de los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez ante la jurisdicción ordinaria laboral, la jurisprudencia es clara en que todo lo referente al diagnóstico, patologías, etiología, porcentajes, minusvalía, invalidez, o cualquier otra situación clínica que exija un conocimiento especializado, obliga al juez a soportar su decisión en evidencia científica sólida idónea y debidamente aportada al proceso, esto incluye también determinar la fecha de estructuración de una enfermedad, para lo cual si lo considera pertinente puede, ordenar una nueva valoración para decidir conforme a la sana crítica, sobre la pretensión solicitada.

2) Debe distinguirse entre la fecha de estructuración de una enfermedad, conforme se desprende del examen clínico y especializado realizado por las entidades competentes conforme el Manual Único de Calificación de Invalidez y la facultad que el precedente ha otorgado al juez para apartarse de un dictamen en relación con dicha fecha, esto con la

³ CSJ SL2615 de 2021 Rad. 82502.

finalidad de determinar el momento en que debe iniciarse la contabilización de semanas o aportes para obtener el derecho a la prestación económica. Se aclara, el precedente solo permite dicha excepción ante la presencia de enfermedades degenerativas o congénitas, atendiendo a la calidad de trabajador activo o en virtud de la fecha de calificación.” (CSJ SL2615 de 2021 Rad. 82502)

Del caso concreto.

En el sub lite, se itera, pretende el demandante se modifique la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, al considerar que la misma data del 01 de julio de 2018 y como consecuencia de ello se reconozca y pague la pensión de invalidez.

Al punto, debe señalarse que, al plenario fueron allegados tres dictámenes de pérdida de capacidad laboral efectuados al actor, así:

1. El realizado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, de fecha 03 de noviembre de 2004, en donde se dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 60% con fecha de estructuración del 26 de febrero de 1985, teniendo en cuenta las patologías de “*secuelas de poliomielitis, monoplejía miembro inferior derecho y trastornos visuales secundario a malformación vascular cerebral*” (fl. 87 archivo 07);
2. Aquel No. 3472042 de fecha 06 de noviembre de 2019, efectuado por Colpensiones, en el que se estableció como pérdida de capacidad laboral un porcentaje del 54.90% y fecha de estructuración el 26 de febrero de 1985, para lo que se tuvieron en cuenta los diagnósticos de “*secuelas de poliomielitis y defectos del campo visual*” (fl. 20 a 23 archivo 01);
3. Y finalmente, el que realizó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca el 26 de noviembre de 2020 bajo el número 79125393-8495, resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra el dictamen emitido por Colpensiones, el cual estableció una pérdida de capacidad laboral del 60.88% con fecha de estructuración del 26 de febrero de 1985, dictamen que tuvo en cuenta los diagnósticos de “*Defectos del*”

Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

campo visual, secuelas de poliomielitis y tumor maligno del colon, parte no especificada” (fls. 39 a 48 archivo 01).

De la documental antes reseñada, se evidencia que es pacífica la fecha de estructuración señalada en cada uno de los dictámenes efectuados al demandante, y allegados al plenario, los cuales establecieron como fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral el 26 de febrero de 1985, data que no fue modificada por el dictamen realizado por la Junta Regional de Calificación al resolver el recurso de apelación presentado contra el dictamen emitido por Colpensiones el 06 de noviembre de 2019, pese a que ello fue un punto del recurso⁴.

Ahora bien, son contestes las historias clínicas allegadas por Colpensiones (archivo 07), al señalar que el señor Martínez Marcelo ha sido diagnosticado con *“secuelas de poliomielitis y resección tumor benigno SNC derecho”*; por ejemplo, la historia clínica de fecha 10/01/2018 visible a folios 19 a 24 del archivo 07, se indicó:

Descripción:
PACIENTE CON TUMOR BENIGNO SNC DERECHO (OPERADO HACE 35 AÑOS) + SECUELAS DE POLIOMIELITIS. NECESITA ACTUALIZAR LA CALIFICACIÓN QUE LE DIÓ LA JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ (DADA EN 2002). LABORÓ HASTA OCTUBRE DE 2017 Y SE LE TERMINÓ EL CONTRATO DE TRABAJO. NO ES CLARO EL MOTIVO POR EL CUAL AÚN NO TIENE PENSIÓN POR INVALIDEZ. POR LO TANTO REMITO A NEURO QX Y A MD LABORAL. FORMULO ACETAMINOFÉN Y DEJO CITA ABIERTA POR MD FAMILIAR.

Y en el dictamen No. 3472042 expedido por Colpensiones (fl. 20 a 23 archivo 01), se dijo:

5.2 HISTORIA CLINICA
HISTORIA CLINICA
Motivo de consulta pérdida de capacidad laboral, solicitando primera vez, pensión por invalidez. Enfermedad actual paciente refiere cuadro clínico desde la infancia a los 18 meses de edad, con secuelas de miembros inferior izquierdo. Actualmente con dolor que limita la marcha
Trae dictamen del iss del 3 de noviembre de 2004 con porcentaje de pérdida del 60% deficiencia 35% discapacidad 5 fecha de estructuración 26 02 1985 por secuelas de poliometitis, monoplejia miembro inferior derecho, trastornos visuales secundario a malformación vascular cerebral.

Pues bien, para la Sala, es claro que el diagnostico o las secuelas de la poliomielitis del actor, datan de sus 18 meses de edad y que fue por este diagnóstico y por el de *“trastornos visuales secundario a malformación vascular cerebral”*, que en su momento el ISS lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 60% y que estructuró el 26 de febrero de 1985

⁴ Fls. 33 a 34 archivo 01.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2022 00093 01.

Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

(dictamen expedido por el ISS el 03/11/2004 visible a folio 87 del archivo 07).

De otro lado, pertinente resulta señalar que, conforme las historias clínicas visibles a folios 24 a 31 del archivo 01⁵, el cáncer colorectal que padece el señor Martínez Marcelo, le fue diagnosticado el 11 de diciembre de 2019.

Así las cosas, a juicio de esta Colegiatura, no existe suficiente evidencia científica, como lo exige la jurisprudencia aquí citada, que permita, en principio, apartarse de la fecha de estructuración señalada en los dictámenes arriba reseñados y que se determinó el 26 de febrero de 1985, máxime cuando el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, tuvo en cuenta el diagnóstico “*tumor maligno del colon, parte no especificada*” y pese a ello no encontró méritos para modificar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor, la cual confirmó⁶.

Ahora bien, tal y como lo tiene establecido la jurisprudencia reseñada en esta providencia, en el caso de personas que padecen de enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas, se ha habilitado la contabilización de semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez a efectos de adquirir la pensión de invalidez (ver CSJ SL 3275 de 2019 y CSJ SL 5023 de 2021), “*ello, porque los afiliados que padecen tales contingencias pueden conservar una real, efectiva y probada capacidad laboral para ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y continuar realizando aportes al sistema, ello con el fin de poder acceder a alguna prestación en el sistema general de pensiones.*”⁷

Al punto, la sentencia CSJ SL 770 de 2020 Rad. 79619, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso:

⁵ De fechas 27/01/2020 y 10/02/2020.

⁶ Fl. 45 archivo 01.

⁷ CSJ SL1424 de 2023 Rad. 90217

En sentencia CSJ SL3275-2019 reiterada en la CSJ SL3992-2019, esta Sala varió su postura respecto del momento a partir del cual se contabiliza el número de cotizaciones en tratándose de afiliados que padecen enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo.

En efecto, en la citada providencia esta Corte estimó que para tal efecto es posible tener en cuenta -conforme a las particularidades de cada caso-, además de la data de estructuración de la invalidez: (i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando-. Lo anterior, porque:

(...) en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

(...)

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:

que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

(...)

En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2022 00093 01.

Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.”

Bajo esta arista, si bien aquellos diagnósticos por los cuales se determinó que el demandante padecía de una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, esto es “*secuelas de poliomielitis y defectos del campo visual*”, conforme lo dicho en el dictamen No. 3472042 expedido por Colpensiones el 06 de noviembre del 2019 no se consideran, en principio, como enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas, no es menos cierto que ese mismo documento señaló⁸:

TIPO DE ENFERMEDAD:	
¿Enfermedad degenerativa, progresiva y crónica?	SI
¿Catastrófica, alto costo, ruinosa?	NO
¿Enfermedad congénita o cercana al nacimiento?	N/A
DETALLE DE LA CALIFICACION	
Se califican deficiencias: secuelas de polio, hemianopsia homonima izquierda	

Así las cosas, teniendo en cuenta que a voces de la Ley 100 de 1993, Colpensiones es una de las habilitadas para efectuar la calificación de la pérdida de capacidad laboral de los afiliados, su porcentaje, la determinación del origen y fecha de estructuración, al ser una entidad idónea y experta para ello, al realizar la correspondiente valoración científica y clínica a través del procedimiento señalado para ello, no puede pasarse por alto que en el dictamen en mención, señaló que las enfermedades padecidas por el señor Martínez Marcelo, resultaban ser degenerativas, progresivas y crónicas, lo que permite, en principio, la aplicación de la excepción jurisprudencial que permite al juzgador apartarse de la fecha de estructuración determinada en los dictámenes rendidos por las entidades dispuestas por la ley para ello.

Frente a la aplicación de dicha excepción, en sentencia CSJ SL 5023 de 2021 Rad. 72739, la Corte dijo:

Dado que nos encontramos frente a una enfermedad del tipo crónica como es la *diabetes* del actor, baste trasladar los argumentos arriba expuestos para concluir que, es menester analizar si se hace acreedor de la excepción a la regla general y, con ello, establecer si el trienio para determinar el cumplimiento de las semanas exigidas en la Ley 860 de

⁸ Fl. 22 archivo 01

2003, vigente para la época de los hechos, puede ser fijada en fecha diferente a la que en el correspondiente dictamen se fijó como la de estructuración de la pérdida de su capacidad laboral.

Pues bien, la Sala frente a la aplicación de la regla excepcional ha establecido, a efectos de evitar una afectación al sistema general de pensiones y preservar los principios que lo rigen, entre ellos el de la sostenibilidad financiera, el deber del juez de ponderar varias aristas para propender por la protección personas con enfermedades del tipo degenerativo, crónica, congénita y de secuelas posteriores al diagnóstico de manera que no se vea menguada su protección en el S. G. P. con ocasión de la aparición de la falencia, de manera que puedan permanecer en el mismo mientras su pérdida de capacidad laboral no supere el 50% establecido en la ley, dada su capacidad laboral, ello de la mano con la validación de que los aportes realizados, precisamente respondan a la capacidad laboral y no que se hubieren efectuado con la finalidad de acreditar las cotizaciones para obtener un aseguramiento. Así la Sentencia CSJ SL3275-2019, señaló:

Ahora bien, **en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.**

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2022 00093 01.

Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Postura reiterada en la Sentencia CSJ SL1069-2021, C.S.J. SL2830-2021, que a su vez reiteró la CSJ SL770-2020, donde se precisó:

[...] en lo que corresponde a la efectiva y probada capacidad residual, esta Sala explicó que el padecimiento referido ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor.

De tal modo, que esa capacidad consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones realizadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, y no que se hicieron con el único propósito de defraudar al sistema de seguridad social.”
(Negrilla fuera de texto)

Advertido lo anterior, una revisión de la historia laboral del actor actualizada al 17 de agosto de 2021 (fls. 1917 a 1927 del archivo 07), permite evidenciar que su primera cotización al régimen de prima media data del 12 de diciembre de 1985, esto es en fecha posterior a la estructuración de su pérdida de capacidad laboral, adicionalmente, existen interregnos en los que no se efectuaron cotizaciones como de noviembre de 1996 a mayo del 2001 y de junio del 2001 a agosto del 2002, así mismo que, si bien existe una densidad de cotizaciones de 938,43 semanas, la mayoría de estas fueron realizadas por el mismo demandante.

Respecto de esto último, la ya citada sentencia CSJ SL 5023 de 2021 Rad. 72739, indicó:

“Conforme al derrotero fijado por esta Sala lo cierto es que los aportes cotizados por cuenta propia del accionante no permiten encontrar que correspondieran efectivamente a una probada y real capacidad del actor y, contrario a ello, deja ver que se efectuaron con la finalidad de acreditar las cotizaciones para obtener una prestación del sistema al no contar con capacidad para trabajar (...)”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2022 00093 01.

Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Así las cosas, del hecho de que la primera cotización del demandante al sistema general de pensiones data de una fecha posterior a la que le fue estructurada su pérdida de capacidad laboral y que la mayoría de las cotizaciones realizadas se hicieron a nombre propio, no es posible colegir la existencia de una real y probada capacidad laboral residual del señor Martínez Marcelo y por el contrario lo que se evidencia es que las mismas se hicieron con el fin de acreditar los requisitos exigidos en la norma.

Corolario de lo anterior, no queda otro camino que CONFIRMAR la sentencia apelada, pero por 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 de primer grado, conforme los argumentos aquí expuestos.

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.

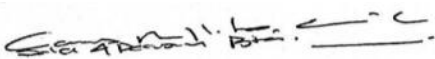
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 011 2022 00093 01.
Demandante: **JAIRO HUMBERTO MARTÍNEZ MARCELO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00110 01.

Demandante: **MARÍA ELIZABETH GUERRA GARCÍA.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que la señora **MARÍA ELIZABETH GUERRA GARCÍA** adelanta contra **PORVENIR S.A. y LA RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. el 30 de abril de 1999.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. entregar a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren causado; y a esta última a recibir los dineros y tenerla como afiliada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00110 01.

Demandante: **MARÍA ELIZABETH GUERRA GARCÍA.**

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 (archivos 10 a 13 y 24), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 15), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante María Elizabeth Guerra García a la AFP Porvenir S.A., el 30 de abril de 1999, por las razones antes expuestas

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes para garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la demandante, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A. y en favor de la señora demandante, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1'200.000).

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, REMITIR el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SÉPTIMO: Por Secretaría y previo a remitir el expediente, ENVÍESE copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como se establece en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que la demandante, por voluntad propia y acogiendo al derecho constitucional de libre escogencia de régimen pensional, decidió trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual.

Indicó que, la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal; que para el año en que se realiza el traslado este se hace bajo los lineamientos y bajo las reglas establecidas en esa data para realizar dicho traslado, esto es con la firma del formulario.

Adujo que, en este tipo de asuntos la motivación que se tiene para realizar el traslado es económica, con lo que se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y pese a que se ordena la devolución de todos los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ello no suple el impacto financiero en el que se ve inmerso el RPM al tener que recibir a la actora y lo que ello conlleva, máxime cuando, por su edad y la densidad de semanas cotizadas puede reconocérsele la pensión.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00110 01.

Demandante: **MARÍA ELIZABETH GUERRA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 la A.F.P. 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 01 de octubre de 1979 presenta aportes en tal régimen (fl. 65 archivo 02 y archivo 12), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 30 de abril de 1999 (fl. 88 archivo 15).

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 88 del archivo 15, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de abril de 1999 con la A.F.P. 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 Guerra García se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de abril de 1999) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados y tampoco se demuestra con el formulario de afiliación, como lo pretende la recurrente, por las razones expuestas en antecedencia.

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 al (a)

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).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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 la apelante 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, como lo arguye Colpensiones, 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 demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, se itera, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00110 01.

Demandante: **MARÍA ELIZABETH GUERRA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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, adicionalmente, 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, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión, también deberá devolver los dineros descontados **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.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00110 01.

Demandante: **MARÍA ELIZABETH GUERRA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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:**

- 1.1. 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, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión, también deberá devolver los dineros descontados **con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Demandante: **MARÍA ELIZABETH GUERRA GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

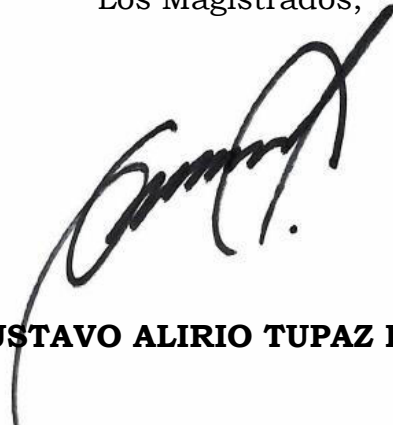
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los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

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia

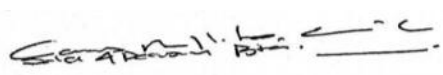
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00131 01.

Demandante: **NUBIA YORLADIS BERMÚDEZ FLÓREZ.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que la señora **NUBIA YORLADIS BERMÚDEZ FLÓREZ** adelanta contra **PORVENIR S.A. y LA RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia de la afiliación realizada a la AFP Porvenir S.A. el 15 de mayo de 1997.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos e intereses, sin hacer descuento alguno por concepto de gastos de administración y seguros previsionales; y a esta última a recibirla y actualizar su historia laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00131 01.

Demandante: **NUBIA YORLADIS BERMÚDEZ FLÓREZ.**

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:

PORVENIR S.A. (archivos 13 y 14), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivos 16 y 17), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción y caducidad.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante Nubia Yorledis Bermúdez Flórez a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 15 de mayo de 1997, y con efectividad al 1° de julio de esa anualidad, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes para garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A. y en favor de la señora demandante, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1'200.000).

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, REMITIR el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SÉPTIMO: Por Secretaría y previo a remitir el expediente, ENVÍESE copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, la cual indica que no es posible retornar al régimen de prima media ya que se encuentra a menos de 10 años de adquirir su estatus pensional por edad.

Indicó que, la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, conforme lo señalado en la sentencia SU 062 de 2010.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 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 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 05 013 2022 00131 01.

Demandante: **NUBIA YORLADIS BERMÚDEZ FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a la A.F.P. 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 01 de abril de 1997 presenta aportes en tal régimen (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2412-20221124115320 carpeta 17), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 15 de mayo de 1997 (fl. 22 archivo 04, fl. 36 archivo 13 y fl. 36 archivo 13).

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 folios 22 del archivo 04 y 36 de los archivos 13 y 14, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 15 de mayo de 1997 con la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos 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 Bermúdez Flórez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (15 de mayo de 1997) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello 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 al (a) 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).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el

traslado de régimen no puede entenderse saneado 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, como lo arguye Colpensiones, 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 demandante, con lo que se financiará la pensión.

De otro lado, se itera, 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, adicionalmente, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00131 01.

Demandante: **NUBIA YORLADIS BERMÚDEZ FLÓREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión, también deberá devolver los dineros descontados **con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRA** 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).

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:**

1.1. 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, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión, también deberá devolver los dineros descontados **con destino a seguros previsionales;** todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados.**

1.2. Para **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 todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

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.

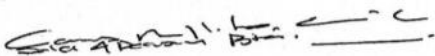
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2022 00131 01.
Demandante: **NUBIA YORLADIS BERMÚDEZ FLÓREZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00329 01.

Demandante: **JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

AUTO

Aceptar la renuncia presentada por la doctora Esperanza Julieth Vargas García, como apoderada principal del demandante.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de febrero de 2023, en proceso ordinario laboral que **JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A. y LA RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00329 01.

Demandante: **JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Como consecuencia de ello, deprecia se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración y en general todas las sumas de dinero que la AFP tenga como consecuencia de su afiliación; y a Colpensiones, a reactivar su afiliación, recibir los dineros y actualizar la historia laboral.

De manera subsidiaria, solicita se declare inexistente el acto de traslado del RPM al RAIS, al contener vicios del consentimiento y dolo.

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:

PROTECCIÓN S.A. (archivo 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esta incoadas y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción.

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

3. Providencia Recurrida.

La a quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS identificado con C.C. No. 80.261.218, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., suscrita el 22 de abril de 1996 con fecha de efectividad del 01 de junio de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

Demandante: **JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS identificado con C.C. No. 80.261.218, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS identificado con C.C. No. 80.261.218, y devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, todo debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación del señor JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS identificado con C.C. No. 80.261.218, y corregir la historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia; el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000. Sin costas a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SÉPTIMO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que, con miras de evitar la aplicación de reglas generales y automáticas, debe tenerse en cuenta la aclaración de voto del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno en la sentencia SL 1452 de 2019 para estudiar cada caso particular.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00329 01.

Demandante: **JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Indicó que, en este asunto, el demandante es una persona capaz, consciente y con unas calidades académicas y profesionales particularmente altas, que permiten establecer que la decisión que tomó durante la afiliación al RAIS estuvo precedida de la información necesaria para concluir que el traslado realizado fue su opción más viable y más favorable teniendo en cuenta sus intereses futuros, ya que no puede considerarse que factores como la fluctuación en el mercado de trabajo, evolución de los salarios del demandante y otras variables que representan mayores o menores réditos, sean razones suficientes para considerar que no se le suministró toda la información necesaria e indicar en este proceso que verdaderamente hubo una omisión en el deber de asesoría por parte de la AFP.

Adujo que, el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11 establece que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a una prestación y en esta norma también se establecen los requisitos que debe contener el formulario de afiliación.

Finalmente, indicó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el actor realizó por más de 10 años sus aportes o cotizaciones al RAIS.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 la parte demandante y por 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

Confirmar 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 01 de octubre de 1981 presenta aportes en tal régimen (fl. 19 y 82

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00329 01.

Demandante: **JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

archivo 01) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el 22 de abril de 1996 (fl. 41 archivo 01 y fls. 41 y 50 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 folios 41 del archivo 01 y 41 y 50 del archivo 06, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 22 de abril de 1996 con la A.F.P. 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. (...)”*, por lo que no es posible atender favorablemente los argumentos expuestos por Colpensiones frente al particular.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Ramírez Vanegas se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (22 de abril 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, ello, se itera, 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 018 2021 00329 01.

Demandante: **JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, reseñado por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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.

Ahora bien, respecto de lo reseñado por la recurrente en su recurso, referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien esto resulta cierto, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos aquí expuestos al momento de realizar su traslado.

Así mismo, atendiendo lo expuesto por Colpensiones al sustentar su recurso, es menester precisar que, el hecho de que el afiliado o, en este caso el demandante, tenga determinada profesión o tenga ciertas calidades académicas y profesionales, no exime a las AFP del RAIS de brindar la información en los términos señalados por la jurisprudencia y aquí expuestos. Al punto, pueden consultarse las sentencias CSJ SL 1949 del 2021 Rad. 87087, CSL SL 1729 del 2022 Rad. 90547, CSJ SL 112 de 2023 rad. 91154, CSL SL 164 de 2023 Rad. 91056 y CSJ SL 311 de 2023 rad. 90469, entre otras.

De otro lado, 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 del demandante, con lo que se financiará la pensión.

Por otra parte, 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 acertada resulta la decisión proferida en primera instancia y en tal sentido será **CONFIRMADA.**

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 05 018 2021 00329 01.

Demandante: **JAIME GONZALO RAMÍREZ VANEGAS.**

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,**

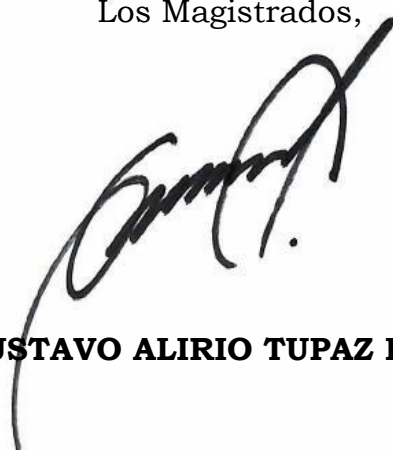
R E S U E L V E:

PRIMERO. -**CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

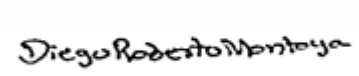
SEGUNDO. -. Sin costas en esta instancia

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.

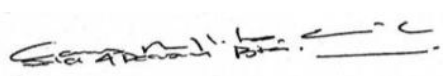
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00184 01.

Demandante: **SANDRA MARCELA INFANTE SEPÚLVEDA.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de esta, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que **SANDRA MARCELA INFANTE SEPÚLVEDA** adelanta contra **COLFONDOS S.A. y LA RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la A.F.P Colfondos S.A.

Como consecuencia de ello, deprecia se ordene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración que tenga como consecuencia de su afiliación; y a esta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00184 01.

Demandante: **SANDRA MARCELA INFANTE SEPÚLVEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

última a reactivar su afiliación, recibir los dineros y actualizar la 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.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 06), 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.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (archivo 07), presentó oposición a las pretensiones de la acción contra esta incoadas y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora SANDRA MARCELA INFANTE SEPULVEDA al régimen de ahorro individual el 18 de mayo de 1999, con fecha de efectividad el 01 de julio de 1999, por intermedio de COLFONDOS S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado del RPMPD al RAIS de la demandante, tales como 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 su afiliación inicial y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00184 01.

Demandante: **SANDRA MARCELA INFANTE SEPÚLVEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

ahorro individual de la señora SANDRA MARCELA INFANTE SEPULVEDA. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. 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 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado en la considerativa de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de COLFONDOS S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que, la demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas y cumpliendo las solemnidades legales para ello.

Indicó que, en estos casos la más afectada es Colpensiones teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, máxime cuando el traslado se dio en el año de 1999, habiendo transcurrido aproximadamente 23 años, con lo que deviene en un imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado, máxime cuando para tal data no era obligatorio dejar registro documental del mismo y el deber de información se materializó a través de la Ley 1748 de 2014, pues las AFO cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, ya que las leyes vigentes a la fecha del traslado no exigían nada distinto al formulario de afiliación donde constaba la voluntad de afiliación al RAIS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00184 01.

Demandante: **SANDRA MARCELA INFANTE SEPÚLVEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Expuso que, en caso de confirmarse la sentencia, solicita el condicionamiento de su cumplimiento, previa devolución por parte de la AFP de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora y que no se condene en costas a Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 la parte demandante y por 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 COLFONDOS S.A.?

Tesis

Confirmar 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 02 de marzo de 1981 presenta aportes en tal régimen (fl. 63 archivo 06) y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 18 de mayo de 1999 (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 (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, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Colfondos S.A., no es menos cierto que fue allegada consulta SIAFP y pantallazo de consulta por parte de Colfondos S.A. (fl. 3 y 4 archivo 09), que dan cuenta del traslado efectuado por la actora a esa AFP el 18 de mayo de 1999; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Colfondos S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del

pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Infante Sepúlveda se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (18 de mayo de 1999) 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, ello, se itera, 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 ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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.

De otro lado, 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, como lo arguye la recurrente, 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 demandante, con lo que se financiará la pensión.

Por otra parte, 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 acertada resulta la decisión proferida en primera instancia y en tal sentido será **CONFIRMADA.**

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).

Respecto de la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los dineros por parte de la A.F.P Colfondos S.A., a tal pedimento no se accederá, en consideración a que la acción de “recibir”, que es una de las órdenes extendidas a dicha entidad, no puede materializarse si no hay “algo” que entregar, por lo que, claro resulta que, sólo desde el momento en que ingrese la información y los dineros que debe trasladar la AFP a la administradora del RPM, es que podrán hacerse las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral.

Finalmente, no se accederá al pedimiento presentado por la recurrente, sobre la absolución de las costas, ya que estas se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P. y de cara al resultado negativo, como acaeció en este caso; al punto, pertinente resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el Auto No. 2787 del 2021 radicado 79134, en el que expuso:

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

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**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2022 00184 01.

Demandante: **SANDRA MARCELA INFANTE SEPÚLVEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN
LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

SEGUNDO. –. Sin costas en esta instancia

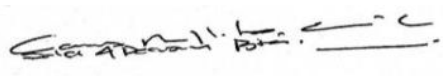
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2021 00446 01.

Demandante: **JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que el señor **JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ** adelanta contra **COLFONDOS S.A. y LA RECURRENTE**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el accionante pretende se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado el 25 de noviembre de 1998 a través de la AFP Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones todas las sumas a su favor, tales como saldos, frutos, intereses y rendimientos causados y se declare que se encuentra afiliado al RPM administrado por Colpensiones; y a esta última, se le condene a recibir los valores devueltos por Colfondos S.A. sin deducción

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2021 00446 01.

Demandante: **JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

alguna por gastos de administración o fondo de solidaridad y se proceda con la corrección de la 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.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. (archivo 10), presentó oposición a las pretensiones de la acción y como excepciones a su favor propuso, entre otras, la de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 11), 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 Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, efectuado el 25 de noviembre de 1998, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2021 00446 01.

Demandante: **JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho a favor del demandante.

4. Argumentos de la recurrente.

COLPENSIONES, manifestó que en el proceso no se demostró el supuesto engaño sufrido por el demandante, así como la falta de información al momento de la asesoría y que tampoco obra prueba alguna de que se le hizo incurrir en error o falta al deber de información por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento.

Indicó que, al revisar el formulario de afiliación suscrito por el demandante, obra manifestación expresa de que lo suscribió libre de apremios y por su propia voluntad, con lo que su afiliación al RAIS se realizó con el los requisitos legales, sin manifestación de retracto alguna, razón por la que no puede regresar de manera automática al RPM, teniendo que asumir las consecuencias legales de su decisión, que no son otras que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos por la ley para el RAIS.

Expuso que, después de 24 años no es procedente alegar un engaño sólo por el hecho de observar su expectativa fallida, que su vinculación al RAIS se ajusta a la ley y tiene plena validez y que, al haber fundado su pretensión en el engaño que sufrió por parte de los asesores de Colfondos S.A., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía al actor demostrar dicha afirmación, lo cual, no acaeció.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2021 00446 01.

Demandante: **JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

Finalmente, resaltó que esa entidad siempre ha estado sujeta al lineamiento jurisprudencial plasmado en sentencias como la C 789 de 2002, SU 062 de 2010, SU 130 de 2011 y SL 17595 de 2017 entre otras.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 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 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 la A.F.P. 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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2021 00446 01.

Demandante: **JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ.**

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 el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 06 de enero de 1988 presenta aportes en tal régimen (fl. 3 archivo 02 y fls. 114 y 409 archivo 11), y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., el 25 de noviembre de 1998 (fl. 65 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 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 65 del archivo 02, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 25 de noviembre de 1998 con la A.F.P. 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. (...)”*, por lo que no es posible atender favorablemente los argumentos expuestos por Colpensiones frente al particular.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Bermúdez Bermúdez se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (25 de noviembre de 1998) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, ello 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 al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo pretende la recurrente, 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).

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado 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 del demandante, con lo que se financiará la pensión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2021 00446 01.

Demandante: **JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

De otro lado, se itera, 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, adicionalmente, 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 los rubros que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante y que allí se mencionan, 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:**

- 1.1. Que los rubros que debe devolver **COLFONDOS S.A.** a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante y que allí se mencionan, **deberán devolverse** debidamente **indexados.**
- 1.2. Para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 027 2021 00446 01.

Demandante: **JULIO ENRIQUE BERMUDEZ BERMUDEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

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 todo lo demás la sentencia apelada y consultada, atendiendo los argumentos aquí expuestos.

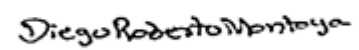
TERCERO. – Sin costas en esta instancia

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.

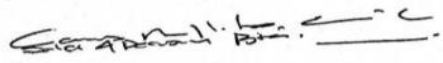
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.

Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** presentados por **LAS PARTES**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** concedido a favor de la demandada, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT** contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la accionante pretende se declare que la demandada adeuda los intereses de mora sobre todas y cada una de las mesadas pensionales debidas y no pagadas a tiempo, desde el 1° de octubre de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2018, fecha de ingreso en nómina, así como lo que se encuentre probado ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, los siguientes hechos: **1)** Nació el 13/04/1957, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2012; **2)** Antes del 01/04/1994 acreditaba más de 35 años de edad; **3)** Acreditó 1.642 semanas cotizadas al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.

Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

sistema general de seguridad social en pensiones al 30/09/2015; **4)** Acreditó el retiro del sistema general de seguridad social con el empleador Fundación Universidad de Bogotá – Jorge Tadeo Lozano, al 30/09/2015; **5)** Acreditó los requisitos de edad, tiempo y retiro del sistema bajo el régimen de transición el 30/09/2015; **6)** Radicó solicitud de pensión de vejez ante Colpensiones el 11/09/2017 bajo el radicado No. 2017_9521921; **7)** Mediante reclamación administrativa del 21/09/2017 bajo radicado No. 2017_10009667, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y los intereses de mora; **8)** Mediante Resolución SUB 225762 del 24/08/2018, Colpensiones reconoce la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2015, en cuantía inicial de \$4.837.294 y el retroactivo pensional por valor de \$187.511.363, sin reconocer intereses de mora; **9)** El no reconocimiento oportuno de la mesada pensional y el correspondiente retroactivo, obedeció “*a negligencia de Colpensiones*”.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (archivo y carpeta 10), allegó contestación en la que se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso en su defensa las excepciones de, entre otras, prescripción.

En síntesis, indicó que, sus decisiones han estado precedidas de buena fe y se han fundamentado en la ley, pues mediante Resolución SUB 225762 del 24/08/2018, la entidad dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, junto con el pago del retroactivo pensional, aplicando las normas relativas a la prescripción, girando a la cuenta de la demandante la suma de \$180.471.687 e ingresada en nómina desde septiembre de 2018.

Precisó que, los intereses moratorios sólo proceden a partir de la fecha en que ha sido expedido el acto administrativo mediante el cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pretensión pensional, siempre y cuando no se haga efectivo el respectivo pago a través de la nómina de pensionados, situación que en este caso no se presenta, por lo que los intereses moratorios solicitados no proceden y que tampoco hay lugar a reconocer este concepto sobre el valor del retroactivo, por cuanto la ley no lo permite.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA COLPENSIONES – COLPENSIONES- a reconocer y pagar a favor de la demandante señora GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT, los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en la suma de \$23.686.076, calculados sobre el valor de las mesadas adeudadas desde el 1 de octubre de 2015 sobre 13 mesadas anuales, hasta el momento en que se realizó el ingreso a nómina de pensionados el 30 de septiembre de 2018, estimados a partir del 11 de enero de 2018, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Condenar en costas a la demandada a favor de la demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV, se será liquidado en su debida oportunidad procesal por secretaria.

TERCERO: ORDENAR el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en consecuencia, se ordena su remisión a la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Para llegar a tal determinación el *a quo* indicó que, si bien la demandante elevó una primera solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez el 15 de septiembre de 2015, la misma fue resuelta por Colpensiones mediante Resolución GNR 419244 del 21 de diciembre del mismo año, habiéndose negado en ese momento la prestación, por cuanto no estaba imputado todo el tiempo laborado con la Universidad Jorge Tadeo Lozano, confirmándose a través de la Resolución VPB 129 del 03 de enero del 2017; manifestó que el 20 de enero del 2017 se acreditó que la demandante elevó petición ante la demandada, solicitando la inclusión del tiempo laborado con la universidad antes mencionada por los ciclos comprendidos de enero del 2000 a septiembre de 2014, para luego elevar nuevamente solicitud de reconocimiento pensional el 11 de septiembre de 2017, la cual de manera acertada Colpensiones (en la Resolución SUB 225762 del 24/08/2018) tomó como una nueva petición, teniendo en cuenta que en los anteriores actos administrativos no se había tenido en cuenta las semanas pertinentes que posteriormente fueron corregidas, y fue en atención a ello que, mediante Resolución SUB 225762 de 2018 se reconoció la pensión de vejez a la actora,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.

Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

por lo que, para todos los efectos legales se tendrá como nueva petición, ante la acreditación de nuevos hechos, la de fecha 11 de septiembre de 2017.

Para el caso concreto, dijo, se advierten circunstancias particulares respecto de lo ocurrido en el año 2015, como quiera que los actos administrativos proferidos en esa data negaron la prestación por una omisión en unos periodos laborados y ante la verificación precisa de los periodos que no se habían tenido en cuenta para el estudio del reconocimiento prestacional, situación que no puede imputarse a Colpensiones y solo ante la solicitud del 20 de enero del 2017 se subsanó dicha situación, por lo que desde el 11 de septiembre de 2017 no se puede justificar la mora en la que incurrió Colpensiones para el reconocimiento de la pensión de vejez, al estar incluidos los periodos de cotización faltantes.

Manifestó que, la demandada sí incurrió en mora en el reconocimiento de las mesadas pensionales, teniendo para todos los efectos legales como fecha de exigibilidad el 11 de septiembre de 2017, con lo que la demanda tenía un término de 4 meses para proferir el reconocimiento prestacional, esto es hasta el 11 de enero del 2018, término que se incumplió, como quiera que el acto administrativo de reconocimiento prestacional data del 24 de agosto de 2018, sin que se acredite una justificación válida y objetiva para ello.

Respecto de la prescripción, adujo que, al tener en cuenta como parámetro de exigibilidad el 11 de septiembre de 2017 y que, conforme lo dispuesto en el artículo 6 del CPTSS, el término de prescripción se suspende hasta cuando se realice un pronunciamiento efectivo que en este caso se dio el 24 de agosto de 2018, el cual fue notificado el 03 de septiembre del mismo año, es a partir de este último momento que la parte actora tuvo la oportunidad de elevar reclamación en sede administrativa o judicial y, si bien se advierte que para la fecha de presentación de la demanda el término trienal se encuentra vencido, ello se justifica en el periodo del 16 de marzo al 01 de julio de 2020, tiempo en el que los términos judiciales fueron suspendidos por la pandemia derivada del Covid-19, argumento que resulta justificante frente al vencimiento trienal; punto frente al cual, señala que, si bien la demandante pudo elevar reclamación en sede administrativa para

ampliar el término como lo dispone el artículo 151 del CPTSS, no puede desconocerse que también tenía la posibilidad de realizar la reclamación en sede judicial, lo que realizó el 25 de noviembre de 2021, por lo que, atendiendo las circunstancias imprevistas por todos vividas debido a la pandemia, la demandante también resultó afectada, por lo que encuentra viable excluir del término de prescripción el periodo en el que suspendieron los términos judiciales, encontrando así que el 03 de septiembre de 2018 fue notificado el acto que reconoce la pensión de vejez y realizado un cálculo hasta el 16 de marzo de 2020 (fecha en la que se suspenden los términos), transcurre un periodo de 1 año 6 meses y 13 días y al contabilizarse los términos después del 01 de julio del 2020 hasta la fecha de presentación de la demanda, esto es 25 de noviembre de 2021, transcurrieron 1 año 4 meses y 24 días, que totalizados corresponden a 2 años 11 meses y 7 días, lo que se encuadra dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del CST.

Manifestó que, si bien fue objeto de reproche que no se elevó reclamación administrativa, dicha omisión quedó convalidada al no haber sido advertida ni alegada en las oportunidades procesales pertinentes, circunstancia particular que da lugar y convalida, sin que haya lugar a aplicar la excepción de prescripción.

4. Argumentos de la recurrente.

La parte **DEMANDANTE**, indicó que, si bien la última petición que hizo lo fue el 11 de septiembre de 2017, a su juicio, Colpensiones de manera “abusiva, arbitraria e ilegal”, dejó de calcularle las semanas que había cotizado con la Universidad Jorge Tadeo Lozano por hechos ajenos a su voluntad y atribuibles a la AFP Protección S.A. y Colpensiones, pues quedó demostrado que Colpensiones desde el año 2015 tenía en su poder todo el traslado de aportes y semanas de cotización como resultado de la ineficacia de su traslado al RAIS, siendo ello un trámite administrativo entre fondos de pensiones, respecto del cual no tiene culpa alguna.

Precisó que, fue demostrado que la demandante acreditó más de 1600 semanas válidamente cotizadas y que para el año 2015 Colpensiones

solamente acreditó 850 a 900 semanas, actuación que es responsabilidad únicamente de Colpensiones, razón por la cual se debió condenar al pago de intereses moratorios desde una fecha anterior y no solamente desde la última petición, sino teniendo en cuenta que la demandante había reclamado con anterior el reconocimiento de la pensión de vejez y sus intereses.

Manifestó que, como es beneficiaria del régimen de transición y le era aplicable el Decreto 758 de 1990, por lo que el término de prescripción no era de 3 años sino de 4 años, al ser beneficiaria del régimen de transición.

Finalmente, solicitó se revise la condena en costas y agencias en derecho y se establezca una condena *“ejemplar”*.

Por su parte, **COLPENSIONES**, manifestó que, por un fallo de tutela se ordenó el traslado de la demandante el RAIS al RPM por ser beneficiaria del régimen de transición, señalando que es a partir de ese fallo de tutela que retorna al RPM y Colpensiones entra a validar los tiempos efectivamente cotizados para validar su historia laboral y estudiar el reconocimiento pensional, ya que, de no contarse con los emolumentos suficientes para el reconocimiento de las prestaciones, se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema contemplado en el artículo 48 de la Constitución.

Señaló que, existían unos periodos que tampoco estaban contabilizados y que fueron cotizados efectivamente luego de la reclamación que hizo respecto de los tiempos en mora, por lo que la negativa inicial al reconocimiento de la prestación, no fue un capricho o arbitrariedad por parte de la entidad, sino que tiene sustento jurídico y fáctico, pues la demandante no contaba con las semanas para el reconocimiento de la prestación, por lo que, luego de validar los requisitos configurativos de la prestación, la misma le fue otorgada, reconociéndosele un retroactivo pensional por encima de los 140 millones de pesos, con lo que se demuestra que Colpensiones ha actuado de buena fe y basada en el principio de legalidad desde el cumplimiento de la normatividad vigente.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.

Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Adujo que, la demandante tuvo el tiempo suficiente para realizar la reclamación pertinente respecto de los intereses moratorios y no lo realizó, escudándose en la suspensión de términos que se presentó debido a la pandemia del Covid-19, con lo que operó el fenómeno prescriptivo trienal, no siendo argumento la suspensión de términos por la pandemia, ya que antes de ello contó con el tiempo suficiente para la solicitud de los mismos y no lo hizo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de mayo de 2023, 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 cual 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 **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable imponer a Colpensiones intereses moratorios? Y ser ello positivo, ¿Operó el fenómeno prescriptivo frente a los mismos?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

De los intereses moratorios.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la prestación, tal como lo señala el artículo 1 de la Ley 717 de 2001.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la CSJ SL8949-2017 y CSJ SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la CSJ SL16390-2015, CSJ SL552-2018 y CSJ SL1019-2020).

Del caso concreto.

Descendiendo al sub lite, se tiene que las pretensiones de la accionante se encaminan al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 01 de octubre de 2015 y hasta el 30 de septiembre de 2018, sobre las mesadas pensionales no pagadas a tiempo.

Revisado el material probatorio, se demostró que, mediante petición de fecha 15 de septiembre de 2015, la señora Oando Betancurt, elevó ante Colpensiones, solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez (Archivo GRP-FSP-AF-2015_8716365-20150916181741.pdf, carpeta 10), pedimento que fue resuelto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.

Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

mediante Resolución GNR 412944 del 21 de diciembre de 2015 (Archivo GRP-AAD-IR-2016_532163-20160120190846.pdf carpeta 10), el cual negó la prestación deprecada debido a que no cumplía con el mínimo de semanas de cotización exigidos por la Ley 797 de 2003, ya que, para tal data contaba, a decir del mentado acto administrativo, con 845 semanas de cotización; tal decisión, fue confirmada mediante Resolución VPB 129 del 03 de enero de 2017 (Archivo GRF-AAT-RP-2017_304554-20170112043827.pdf carpeta 10), donde se precisó que, para esa fecha contaba con 862 semanas, las que también resultaban insuficientes para el cumplimiento de los requisitos legales.

También se demostró que el 20 de enero del 2017, actuando por intermedio de su apoderado judicial, la demandante elevó petición de corrección de historia laboral (Archivos GAF-FCH-F1-2017_639125-20170120012054.pdf y GAF-FCH-F3-2017_639125-20170120012054.pdf carpeta 10), donde solicitaba la inclusión de los periodos de enero del 2000 a septiembre de 2014 cotizados por el empleador Fundación Universidad Jorge Tadeo Lozano, los cuales fueron debidamente incluidos, como se puede observar en el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones y actualizado al 05 de febrero de 2018 (Archivo GEN-REQ-IN-2018_1003159_9-20180205123654.pdf, carpeta 10).

Posteriormente, mediante petición de fecha 11 de septiembre de 2017¹, solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión de vejez; esta fue resuelta a través de la Resolución SUB 225762 del 24 de agosto de 2018 (archivo GRF-AAT-RP-2018_10912350-20180903052039.pdf carpeta 10), acto administrativo por el cual Colpensiones reconoce una pensión de vejez a la actora a partir del 01 de octubre de 2015 y su correspondiente retroactivo.

Conforme el anterior recuento, es palmario que la negativa inicial de Colpensiones a reconocer a la demandante la pensión de vejez devino en la aplicación minuciosa de la Ley 100 de 1993, al encontrar que, para el 15 de septiembre de 2015, la señora Oando Betancourt no alcanzaba el cumplimiento del requisito de semanas de cotización, lo que no se encuentra caprichoso o arbitrario, pues actuó en sujeción a la ley; dicha situación, solamente se arregló con la petición de corrección de historia laboral que la

¹ Conforme lo señalado por Colpensiones en la Resolución SUB 225762 del 24/08/2018, visible en el archivo GRF-AAT-RP-2018_10912350-20180903052039.pdf de la carpeta 10.

actora elevó el 20 de enero del 2017 – radicado 2017639125ZCO, frente a la cual, Colpensiones dio respuesta el 09 de marzo del 2017 mediante oficio SEM2017-74514 (archivo GEN-RES-CO_2017_639125_20170311.pdf carpeta 10), en el que señaló:

En respuesta a su solicitud, de manera atenta nos permitimos informar que para que los ciclos cotizados en el Régimen de Ahorro Individual se encuentren incorporados en su historial laboral, se hace necesario que la Administradora de Pensiones correspondiente, envíe un archivo con el detalle de los mismos, situación que hasta la fecha no ha sido atendida por la Administradora del Fondo de Pensiones. Es importante resaltar que es responsabilidad de cada Fondo remitir la información necesaria para actualizar la Historia Laboral de los cotizantes que fueron sus afiliados

Sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre que la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a la que se encontraba anteriormente afiliada la demandante, esto es Colfondos S.A., hubiere arrimado a Colpensiones documento alguno con el detalle de los ciclos cotizados en el RAIS y si ello se efectuó, lo cierto es que no fue demostrado en este proceso.

Por lo anterior, atendiendo la postura expuesta en la jurisprudencia aquí citada, no hay lugar a ordenar el pago de los intereses moratorios en una data anterior a la que dispuso el *a quo*, pues, se itera, Colpensiones negó la pensión deprecada en aplicación a la ley, ya que la solicitante no cumplía, en ese momento, con la totalidad de los requisitos para acceder a dicha prestación.

Ahora bien, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, procede la Sala a verificar si hay lugar a condenar a tal entidad al pago de los intereses moratorios desde el 11 de enero del 2018 y hasta el 30 de septiembre del mismo año, para lo cual, pertinente resulta señalar, que se encuentra demostrado que la demandante elevó una nueva solicitud de reconocimiento pensional el 11 de septiembre de 2017, tal y como lo refiere la Resolución SUB 225762 del 2018², la cual, acertadamente, fue tomada por Colpensiones como una nueva petición, y que se resolvió solamente hasta el 24 de agosto de 2018 a través de la mentada Resolución, esto es en un término que excedió aquel dispuesto en

² Archivo GRF-AAT-RP-2018_10912350-20180903052039.pdf carpeta 10.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.

Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

el inciso final del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para ello, ya que, conforme a la norma en cita, contaba con 4 meses para resolver esta solicitud, término que vencía el 11 de enero del 2018.

Así las cosas, no existe justificación alguna para que Colpensiones hubiere excedido el término legal para resolver sobre la petición pensional elevada por la demandante el 11 de septiembre de 2017 razón por la cual, como acertadamente lo dispuso el *a quo*, se hace acreedora al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 11 de enero del 2018 y hasta el 30 de septiembre del mismo año, como quiera que la prestación y su retroactivo se ingresó en la nómina del mes de septiembre de 2018 pagadera en el mes de octubre del mismo año, tal y como lo señaló el numeral tercero de la parte resolutive de la Resolución SUB 225762 del 24 de agosto de 2018, que dispuso:

ARTÍCULO TERCERO: La presente prestación junto con el retroactivo si hay lugar a ello, será ingresada en la nómina del periodo 201809 que se paga en el periodo 201810 en la central de pagos del banco BBVA C. P. 1ERA QUINCENA de CLL. 97 CLL. 97 No. 23 37 L 101 102, Bogotá.

Y por tal razón se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia en tal sentido, máxime cuando no fue objeto de discusión la suma calculada por tal concepto.

En cuanto a la prescripción, ha de memorarse que el artículo 151 del estatuto procesal laboral dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Frente al particular, atendiendo el punto de apelación expuesto por la parte demandante respecto a que, en su caso, el término prescriptivo es de 4 y no de 3 años, al ser beneficiaria del régimen de transición y serle aplicable el Decreto 758 de 1990, al mismo no se accederá, como quiera que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, tiene establecido que *“la prescripción del artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990 se*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.

Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

aplica para las reclamaciones surtidas ante el ISS, pero no frente a reclamaciones formuladas ante la justicia ordinaria laboral, que tiene normas especiales, reguladas por los artículos 488 del C.S. del T. y 151 del C.P. del T. y S.S. de 3 años para efectos de la prescripción.” (sentencia con radicado No. 39265 del 01 de marzo del 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón); adicionalmente, el mentado artículo 50 del Decreto 758 de 1990 fue declarado nulo mediante sentencia proferida por el 08 de febrero de 2018 por Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A dentro de la radicación No. 11001-03-25-000-2008-00013-00 (0353-08) C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por Colpensiones en su recurso, respecto a que la demandante *“tuvo tiempo para efectuar la reclamación administrativa”* y no lo hizo, ello se saneó como quiera que esta entidad no presentó la excepción previa correspondiente, tal y como lo ha adoctrinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, desde la sentencia CSJ SL 13128 de 2014 Rad. 45819.

De otro lado, no es objeto de discusión que la señora Gloria Amparo Obando Betancurt, presentó petición de reconocimiento pensional el 11 de septiembre de 2017, no obra dentro del plenario prueba alguna que demuestre que presentó reclamación ante Colpensiones que hubiere interrumpido la prescripción y procedió a presentar esta acción el 25 de noviembre de 2021, a decir del acta de reparto No. 19102 obrante en el archivo 06 del expediente digital; esto es, superados, en principio, los tres años de la norma antes señalada.

Pese a ello, no puede obviarse el hecho que, ante las circunstancias imprevisibles e ineludibles que desató la pandemia del Covid-19 a nivel mundial y ante la cual el Estado colombiano no fue la excepción, razones estas que llevaron a que el Gobierno decretara desde el mes de marzo del 2020 el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, lo que llevo a que la mayoría de los sectores, entre estos la administración de justicia, se vieran afectados en su normal funcionamiento, debido a las medidas de confinamiento que tanto el Gobierno Nacional como Distrital impusieron, así como aquellas dispuestas

por el Consejo Superior de la Judicatura en aras de garantizar la vida y salud, tanto de los servidores judiciales como de las personas que frecuentan o deben asistir a los estrados judiciales, lo que conllevó también a un cambio en la manera de trabajo de dicho sector, el cual empezó a prestar sus servicios de manera preferente de forma virtual.

Por lo anterior, mediante Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020 el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales en todo el país a partir del 16 de marzo de 2020, término que fue prorrogado a través de diversos Acuerdos hasta el 30 de junio del mismo año, habiéndose dispuesto el levantamiento de los mismos a partir del 1° de julio de la misma anualidad mediante Acuerdo PCSJA20-11567.

Debido a la situación en mención, teniendo en cuenta que la suspensión de términos aludida lo fue en todo el país, no hay razón para tener en cuenta ese lapso de tiempo y contabilizarlo para determinar si operó o no en este caso el término prescriptivo, se tiene entonces que, la demandante presentó la reclamación pensional el 11 de septiembre de 2017, la cual fue resuelta mediante Resolución SUB 225762 del 24 de agosto de 2018, la cual, conforme lo indicó Colpensiones en la certificación que obra en el archivo GRP-CEJ-FR-2018_10499128-20180919105516.pdf de la carpeta 10 del expediente digital, quedó ejecutoriado a partir del 18 de septiembre de 2018, por lo que, desde tal data hasta el 16 de marzo del 2020 (fecha de suspensión de términos), había transcurrido un lapso de 1 año, 5 meses y 27 días, y desde el 01 de julio del 2020 (fecha en la que se levantó la suspensión de términos) hasta el 25 de noviembre de 2021 (fecha de presentación de esta demanda), transcurrieron 1 año, 4 meses y 24 días, lo que significa un total de 2 años, 10 meses y 21 días, con lo que no operó el término prescriptivo dentro de la presente acción, lo que da al traste con los argumentos expuestos por Colpensiones en su recurso.

Finalmente, respecto de la petición elevada por la actora en su recurso, referente a que se imponga una condena “ejemplar” en costas a Colpensiones, a tal pedimento no se accederá, como quiera que esta entidad fue condenada en costas y no es la oportunidad procesal para modificar el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.

Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

valor de las agencias en derecho a voces del numeral 5 del artículo 366 del CGP.

Corolario de lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada y consultada.

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 y consultada, atendiendo lo aquí expuesto.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

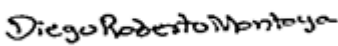
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

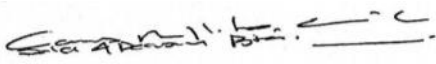
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 037 2021 00537 01.
Demandante: **GLORIA AMPARO OBANDO BETANCURT.**
Demandado: **COLPENSIONES.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. GUSTAVO ALIRIO TUPAZ RADICADO: 110013105037202153701 DEMANDANTE : DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el interes de mora según instrucciones del despacho.			

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 4.837.294,00	4,00	\$ 19.349.176,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 5.164.778,00	13,00	\$ 67.142.114,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 5.461.753,00	13,00	\$ 71.002.789,0
01/01/18	30/08/18	4,09%	\$ 5.685.139,00	8,00	\$ 45.481.112,0
Total retroactivo				\$ 202.975.187,00	

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		30/09/2018
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
DESDE 01-10-2015 A 31-01-2018	01/02/18	30/09/18	242	29,72%	0,0713%	\$ 157.494.075	\$ 27.180.806,00
feb-18	01/03/18	30/09/18	214	29,72%	0,0713%	\$ 5.685.139	\$ 867.636,00
mar-18	01/04/18	30/09/18	183	29,72%	0,0713%	\$ 5.685.139	\$ 741.950,00
abr-18	01/05/18	30/09/18	153	29,72%	0,0713%	\$ 5.685.139	\$ 620.319,00
may-18	01/06/18	30/09/18	122	29,72%	0,0713%	\$ 5.685.139	\$ 494.634,00
jun-18	01/07/18	30/09/18	92	29,72%	0,0713%	\$ 5.685.139	\$ 373.002,00
jul-18	01/08/18	30/09/18	61	29,72%	0,0713%	\$ 5.685.139	\$ 247.317,00
ago-18	01/09/18	30/09/18	30	29,72%	0,0713%	\$ 5.685.139	\$ 121.631,00
sep-18	01/10/18	30/09/18	0	29,72%	0,0713%	\$ 5.685.139	\$ 0,00
Total intereses moratorios							\$ 30.647.295,00

Tabla Liquidación	
Intereses moratorios	\$ 30.647.295,0
Total	\$ 30.647.295,0

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

miércoles, 1 de noviembre de 2023

Recibe:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2016-00242 -01.

Demandante: **ANA JOAQUINA GUZMÁN BOLAÑOS.**

Demandado: **JAIME SOLANO GÓMEZ.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **ANA JOAQUINA GUZMÁN BOLAÑOS** contra la providencia que el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 10 de abril de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **JAIME SOLANO GÓMEZ.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, y sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Ingresó a laborar como empleada del servicio doméstico del 03 de febrero de 2005 al 24 de diciembre de 2015; **2)** Cumplía funciones de lavar ropa, hacer alimentos, y aseo general de la casa; lo que realizó de forma personal, bajo continuada subordinación, y recibiendo una remuneración; **3)**

Demandante: **ANA JOAQUINA GUZMÁN BOLAÑOS.**

Demandado: **JAIME SOLANO GÓMEZ.**

Devengaba el salario mínimo; **4)** El 24 de diciembre de 2015 se dio por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa; **5)** Laboraba de lunes a viernes cumpliendo un horario de 8:00 A.M. a 5:00 P.M.; **6)** No fue afiliada a seguridad social; y **7)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

2. Respuesta a la Demanda.

JAIME SOLANO GÓMEZ (fls. 17 a 28 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó que la demandante prestó servicios como empleada doméstica; y la falta de afiliación a seguridad social y de las acreencias laborales pretendidas.

Adujo que la demandante únicamente le prestó sus servicios en el año 2012 y por dos días a la semana, pagándose por cada día de labor \$35.000; y que las acreencias laborales pretendidas se encuentran prescritas en virtud de que han transcurrido más de los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: ABSOLVER al demandado de las súplicas presentadas en la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado conforme a las facultades ultra y extra petita a los aportes a pensión entre el 01 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, los mismos serían \$410.000; suma que debe ser ajustada por el fondo al que pertenezca la demandante sobre el cálculo actuarial que deberá pagar el demandado, dejando en claro que si esta no se encuentra afiliada a ningún régimen pensional se le pagara la suma total de forma indexada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Para arribar a la anterior decisión señaló que, le correspondía a la parte actora demostrar la prestación del servicio así como los extremos temporales; que de la documental allegada se puede establecer que el

demandado vivió en Monterrey- Casanare en 2013, que la actora prestó sus servicios a otras personas entre 2005 y 2015, y que viajó a Ecuador en el año 2013; que de ello, no es dable establecer que entre 2005 y 2015 la actora no prestó sus servicios durante los 30 días del mes y sin solución de continuidad; que pese a lo anterior, el demandado confesó que la actora laboró en todo el año 2012, por lo que, es dable declarar una relación laboral en tal anualidad; que la demanda se presentó hasta el 16 de mayo de 2016, por lo que operó el fenómeno de la prescripción frente a las acreencias laborales deprecadas; que en virtud de las facultades *ultra y extra petita* es dable condenar por concepto de aportes a pensión, pues estos son derechos imprescriptibles; y que dichos aportes se deben reconocer únicamente sobre el porcentaje que le correspondía pagar al empleador.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** expuso que en el debate jurídico quedó probado que existió un contrato verbal, habida cuenta que la demandante debía cumplir horarios de trabajo estrictos; que se acreditó que la actora laboró desde febrero de 2005 pese a prestar servicios en otros lugares, por demás que al haber estado el demandado por fuera de la ciudad por alrededor de dos años, no quiere decir que la relación se interrumpió o que cesaron los efectos del contrato de trabajo; que si bien la actora empezó prestando sus servicios dos días a la semana, luego, prestó sus servicios de tiempo completo; que el tiempo que la actora estuvo en Ecuador fue corto, y dejó una persona en su reemplazo; y que la prescripción no es a los tres años, se debió tomar los tres años cumplidos, es decir, los cuatro años.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2016-00242 -01.

Demandante: **ANA JOAQUINA GUZMÁN BOLAÑOS.**

Demandado: **JAIME SOLANO GÓMEZ.**

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:

¿Se encuentra debidamente acreditado un contrato de trabajo por un tiempo diferente a enero a diciembre de 2012? y, ¿operó el fenómeno de la prescripción sobre las acreencias laborales causadas como consecuencia de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

De la Existencia del Contrato de Trabajo.

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.

Efectuadas las anteriores precisiones, se encuentra que se profirió condena en contra del demandado por concepto de aportes a pensión por encontrarse acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 01 enero al 31 de diciembre de 2012; aspecto que no fue objeto de apelación por parte del demandado; sin embargo, la parte actora insiste en una existencia de una relación laboral que inició desde 2005 y que se mantuvo presente hasta el 2015, frente a lo que se rememora que la carga de la acreditación de los extremos temporales según CSJ Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJ SL16110-2015, le corresponde a la parte actora.

En todo caso, de no acreditarse los mismos extremos temporales anunciados en la demanda, el fallador de instancia cuenta con la facultad *infra o minus petita*, y en consecuencia puede reconocer el periodo de tiempo que se encontrara acreditado, siempre y cuando se encuadre en los extremos temporales pretendidos (CSJ SL4816-2015 reiterada en la CSJ SL4515-2020), tal y como se dispuso frente al año 2012.

Dicho lo anterior, encontramos que los testigos Ricardo Cárdenas Sandoval y Blanca Marulvina Vargas dieron cuenta de una prestación del servicio de la actora a favor del demandado, no obstante, ninguno de ellos manifestó que tal servicio le constara de forma directa; ciertamente, tales testigos se tratan del esposo y de la cuñada de la actora, empero, ninguno informó las condiciones en que la actora prestaba sus servicios, si acudieron al lugar donde ella realizaba tal labor, y si evidenciaron que fue directamente el demandado quien le manifestaba a la demandante el servicio que debía prestar, o incluso si lo vieron impartir algún tipo de orden o instrucción; por lo que, en tales condiciones tales testigos no resultan lo suficientemente certeros para tener por acreditado la prestación del servicio en los términos expuestos por el impugnante.

Contrario a ello, los testigos Jenny Marcela González Metdcalfe, Marly Yanira Valencia Valencia y Jairo Quintero Penagos manifestaron que, la

actora sólo laboró en 2012, dos días a la semana, en la labor de oficios varios y/o aseo; que entre 2005 y 2015, la actora laboró para otras personas; que en 2013 la actora estuvo en Ecuador; y que desde 2013 el demandado viajó con su familia a Monterrey- Casanare; de modo que, de tales declaraciones sólo es posible concluir una prestación del servicio durante el año 2012, mismo tiempo que fue aceptado por el demandado en interrogatorio de parte, por demás que la demandante al rendir su correspondiente interrogatorio, manifestó en 2014 se fue a vivir a Ecuador y que sólo regresó en abril de 2015 por un accidente que tuvo, por lo que claramente durante tal tiempo no se podría establecer ningún tipo de nexo laboral, recuérdese que el contrato de trabajo es *intuitu personae*, de modo que la labor debía ser prestada personalmente por la actora y, no por otra persona- hermana- que eventualmente esta hubiera dejado en su reemplazo.

Así las cosas, la Sala carece de elementos probatorios para determinar la existencia de una relación laboral en los términos pretendidos, por demás que de la documental obrante en el plenario se circunscribe al contrato de trabajo celebrado por el demandado con la empresa Expertos Personal Temporal Ltda. durante 2014 y 2015, contrato de arrendamiento del demandado en Monterrey- Casanare de 2014 y 2015, certificación de residencia en el lugar y tiempo aludido, así como la petición efectuada por la actora a un empleador diferente señalando que laboró con este de 2003 a 2014, fotos del viaje a la demandante a Ecuador y una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por fraude procesal (fls. 31 a 52 del archivo 01), por lo que, con estos no es posible establecer el contrato de trabajo en los extremos temporales deprecados y, en consecuencia se confirmará en tal sentido la sentencia.

Prescripción.

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; tal como lo establece el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el artículo 489 *ejusdem*, y el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2016-00242 -01.

Demandante: **ANA JOAQUINA GUZMÁN BOLAÑOS.**

Demandado: **JAIME SOLANO GÓMEZ.**

artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., lo que se interrumpe por el simple reclamo del trabajador sólo una vez por un lapso igual.

En el asunto, no observa la Sala reclamación con la que se hubiere logrado interrumpir el fenómeno prescriptivo, por lo que esto únicamente ocurrió con la interposición de la demanda, lo que acaeció el 16 de mayo de 2016 (fl. 9 del archivo 01), por lo que las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2013 se vieron afectadas por tal fenómeno, por lo que, al tenerse únicamente la existencia de un contrato laboral durante 2012, las acreencias laborales que se causaron durante esta calenda, se encuentran prescritos.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia 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. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de abril de 2023 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2016-00242 -01.
Demandante: **ANA JOAQUINA GUZMÁN BOLAÑOS.**
Demandado: **JAIME SOLANO GÓMEZ.**

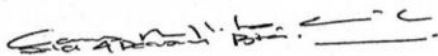
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$100.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

PROCESO ORDINARIO DE ANGELICA AREVALO TORRALBA contra CAFESALUD EPS, LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, IAC GPP SALUDCOOP, CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN y ESIMED S.A.

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Sería del caso participar en la decisión del presente asunto; sin embargo, verificado en su integridad el expediente, se advierte, el suscrito hizo parte de la decisión tomada dentro de la acción de tutela radicado No. 2016-00702 promovida por **ANGELICA AREVALO TORRALBA contra SALUDCOOP EPS, ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS, INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO Y EL MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, en donde se solicitaba se ordenara a SALUDCOOP EPS OC en Liquidación cancelar los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el mes de diciembre de 2015, así como el pago de los aportes al sistema integral de seguridad social y a CAFESALUD EPS, INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO Y EL MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL ordenar de manera solidaria el citado pago, negándose dicho amparo al existir otros medios judiciales para resolver tal controversia.

En virtud de lo anterior, es claro que converge en el suscrito como integrante de la Sala Cuarta de Decisión la causal de impedimento de que trata el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P.¹, **POR HABER CONOCIDO y REALIZADO DENTRO**

¹ Aplicable en virtud de la remisión del artículo 145 del C.P.T y la S.S., así como por disposición del artículo 140 del C.G.P que prevé:

“ARTÍCULO 140. DECLARACIÓN DE IMPEDIMENTOS. Los magistrados, jueces, conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.” (negrilla y subrayas de la Sala).

DEL PRESENTE ASUNTO UNA ACTUACIÓN EN INSTANCIA ANTERIOR,
norma que en su tenor literal preceptúa:

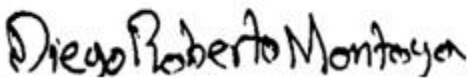
“ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.” (Subrayas fuera de texto)

Lo anterior, teniendo en cuenta que participé con integrante de sala en la resolución de la acción de tutela donde pretendía la actora el pago de salarios y prestaciones sociales desde diciembre del 2015 principalmente a cargo de SALUDCOOP EPS, advirtiéndose dentro del presente proceso ordinario se solicita la declaratoria de un contrato de trabajo desde el 2 de octubre del 2000 hasta el 8 de abril del 2016, periodo que por ende involucra el solicitado en la acción de tutela del cual como ya mencioné fui conocedor, declarándose por parte del Juez de primer grado dentro del proceso ordinario, únicamente un contrato de trabajo con SALUDCOOP EPS Liquidada desde el 2 de octubre del 2000 al 30 de noviembre del 2015 siendo ello justamente el objeto de apelación por parte de la demandante en este asunto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2016-00458 -01.

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuesto por **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA y SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN** contra la providencia que el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la primera recurrente adelanta contra **CAFESALUD E.P.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, IAC GPP SALUDCOOP, CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, ESIMED S.A.** y la recurrente.

AUTO

ACEPTAR el impedimento presentado por el Dr. DIEGO ROBERTO MONTOYA para conocer el presente asunto en consideración a que conoció previamente tutela donde la demandante pretendía el pago de salarios y prestaciones sociales, especialmente a cargo de SALUDCOOP E.P.S.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN desde el 02 de octubre de 2000; que desde el mes de febrero de 2016 no se le paga salarios, prestaciones sociales ni aportes a seguridad social; que desde el 08 de abril de 2016 no ha prestado el servicio de salud por culpa atribuible a su empleador; que CAFESALUD E.P.S. y LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL son beneficiarios de los servicios de la actora, por lo que, deben responder en solidaridad de las condenas que se impongan; que IAC GPP SALUDCOOP, CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, y ESIMED S.A. se tratan de meras intermediarias, por lo que también son solidariamente responsables de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de salarios desde el 01 de febrero de 2016, cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías de 2015 en adelante, aportes a seguridad social en salud y pensiones desde febrero de 2016, e indexación.

Subsidiariamente, solicitó la declaratoria de un contrato de trabajo del 02 de octubre de 2000 al 08 de abril de 2016. Como consecuencia de lo anterior que las demandadas en solidaridad respondan por los salarios dejados de pagar desde el 01 de febrero de 2016, liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales, sanción por no consignación de las cesantías, aportes a seguridad social en salud y pensiones desde febrero de 2016, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

- 1)** El 02 de octubre de 2000 suscribió contrato a término indefinido con SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN; para desempeñar el cargo de Auxiliar de Servicios al Cliente
- 2)** Su salario a 2016 ascendía a la suma de \$873.600;
- 3)** CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN pagaba sus cotizaciones a seguridad social; empresa que hace parte del grupo Saludcoop;
- 4)** En octubre de 2006, SALUDCOOP E.P.S. constituyó la empresa IAC GPP SALUDCOOP quien pagó aportes a seguridad social desde marzo de 2003 (sic) hasta enero de 2016;
- 5)** ESIMED

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

S.A. pagó el salario de 2016 en la suma de \$671.271; empresa que actuaba como simple intermediaria de SALUDCOOP E.P.S. en el pago de salarios; **6)** Desde febrero de 2016 no le han pagado salarios; **7)** CAFESALUD E.P.S. también hace parte del grupo saludcoop; **8)** Mediante Resolución 801 del 11 de mayo de 2011 se realizó la intervención forzosa de SALUDCOOP E.P.S. por parte de la Superintendencia de Salud, quien el 25 de noviembre de 2015 ordenó el traslado de afiliados a CAFESALUD E.P.S.; **9)** Para que CAFESALUD E.P.S. se pudiera hacer cargo de los servicios trasladados, solicitó personal de SALUDCOOP E.P.S., como sucedió en su caso; **10)** CAFESALUD E.P.S. ordenó a ESIMED S.A. que tomara el control de las instalaciones de SALUDCOOP E.P.S.; **11)** Desde el 08 de abril de 2018 se ha impedido su acceso a las sedes de SALUDCOOP E.P.S.; **12)** Siempre uso para su labor herramientas suministradas por la E.P.S.; **13)** No le han pagado indemnización por despido sin justa causa; **14)** El beneficiario de los servicios prestados por la demandada es el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, pues este es el Director del servicio médico de salud; **15)** El 13 de mayo de 2016 presentó reclamación ante el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, quien no profirió respuesta; y **16)** Mediante acción de tutela solicitó el pago de sus acreencias laborales, empero se negó por considerarse que existe otro medio para lograr el reconocimiento de estas.

2. Actuación Procesal en Primera Instancia.

2.1. Respuesta a la Demanda.

CAFESALUD E.P.S. (archivo 27 C01), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó los hechos relativos a la intervención forzosa de SALUDCOOP E.P.S., así como el traslado de los afiliados de esta a CAFESALUD E.P.S.; y que el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL es beneficiario de los servicios prestados por las codemandadas.

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

Adujo que es una persona completamente independiente de las demás demandadas, no hace parte del grupo empresarial de Saludcoop; y que en ningún momento asumió los contratos de la fenecida SALUDCOOP E.P.S., por lo que, no se podría considerar que hubo algún tipo de sustitución de empleadores.

Por su parte, **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** (archivo 32 C01) también se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la creación de IAC GPP SALUDCOOP por parte de SALUDCOOP E.P.S., así como que estas junto con ESIMED S.A. y CAFESALUD E.P.S. hacen parte del grupo saludcoop; la intervención forzosa de SALUDCOOP E.P.S.; y la presentación de un escrito radicado por la demandante el 13 de mayo de 2016

Manifestó que no ha sostenido ningún tipo de relación laboral con la demandante; que los beneficiarios de los servicios prestados por las E.P.S. e I.P.S. son los usuarios; que no tiene una vinculación directa ni indirecta con SALUDCOOP E.P.S.; y que son las demás demandadas las que podrían ser las responsables de las acreencias laborales requeridas en la demanda.

SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN (archivo 02 C02) también se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de una relación laboral con la actora, la fecha de inicio, cargo, y el salario; la falta de pago de salarios desde febrero de 2016, así como de indemnización por despido sin justa causa; la intervención forzosa realizada por la Superintendencia de Salud; y que se impetró una acción de tutela en su contra que fue negada.

Expuso que la relación laboral con la demandante se extendió hasta el 30 de septiembre de 2002; que dicha relación laboral fue cedida a IAC

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

GPP SALUDCOOP y esta a su vez a I.P.S. SALUDCOOP; que para 2016, la actora ya no era empleada de la entidad; que I.P.S. SALUDCOOP, ESIMED S.A. y CAFESALUD E.P.S. son entidades ajenas a la E.P.S., contaba con completa autonomía para realizar sus respectivas operaciones; que IAC GPP SALUDCOOP, es una entidad auxiliar del cooperativismo, respecto de la cual no tiene ninguna participación como socio; y que no existe norma alguna que establezca que la matriz es solidaria de sus subordinadas de las obligaciones de estas.

Finalmente, IAC GPP SALUDCOOP contestó a través de curador ad litem (archivo 41 C02), quien manifestó que no le constaban los hechos de la demanda.

2.2. Desistimientos.

Mediante autos del 11 de diciembre de 2018 y 04 de febrero de 2022, se admitió el desistimiento presentando por la parte actora frente a CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, y ESIMED S.A. (archivos 23 y 45 C02). Igualmente, en audiencia del 06 de julio de 2022 se excluyó del proceso a CAFESALUD E.P.S. ante su liquidación (archivo 60 C02).

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA y SALUDCOOP E.P.S. LIQUIDADA, entre el 02 de octubre de 2000 y hasta el 30 de noviembre de 2015, en el cual la actora desempeñó el cargo de Auxiliar de servicio al cliente, devengando como último salario de \$874.000, y el cual fue terminado sin justa causa por la parte demandada.

SEGUNDO: CONDENAR a SALUDCOOP E.P.S. LIQUIDADA y de manera solidaria a IAC GPP SALUDCOOP, a reconocer y pagar a ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA los siguientes conceptos:

a. A la suma de \$13'110.000 por concepto de auxilio de cesantías de todo el tiempo laborado.

b. A la suma de \$4'719.600 por concepto de intereses a las cesantías de todo el tiempo laborado.

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

c. A la suma de \$13'110.000 por concepto primas de servicios de todo el tiempo laborado.

d. A la suma de \$6'555.000 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones de todo el tiempo laborado.

e. A la suma de \$9'031.333 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual deberá indexarse desde el 01 de diciembre de 2015 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la misma, conforme al I.P.C. certificado por el D.A.N.E.

f. A la suma de \$29.133 diarios a partir del 01 de diciembre de 2015 y hasta cuando se realice el pago efectivo de las condenas concedidas al demandante, por concepto de prestaciones sociales, hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera, hasta cuando el pago se verifique; por indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas SALUDCOOP E.P.S. LIQUIDADA y IAC GPP SALUDCOOP de las demás pretensiones elevadas en la demanda.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL de las pretensiones elevadas en la demanda por la parte actora.

QUINTO: DECLARAR parcialmente la excepción de prescripción en los términos expuestos en la parte motiva de la providencia, así mismo, se releva del estudio de las demás excepciones invocadas.

SEXTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada SALUDCOOP E.P.S. LIQUIDADA y IAC GPP SALUDCOOP en la suma única de \$3.000.000, y a favor de la demandante.

Para arribar a la anterior decisión señaló que está demostrada la prestación del servicio por parte del demandante a SALUDCOOP E.P.S. desde el 02 de octubre de 2000; que la vinculación del demandante durante toda la relación laboral fue con SALUDCOOP E.P.S., puesto que las demás demandadas únicamente se dedicaron al pago de aportes a pensión, por demás que la testigo informó que las órdenes provenían de dicha E.P.S., así como se portaban carnet, las instalaciones eran de esta, así como los elementos de trabajo; que el único salario que se acreditó fue la suma de \$874.000; que no existe elemento de juicio que permita evidenciar que después del 30 de noviembre de 2015 el actor siguió prestando sus servicios o, incluso que no se le hubiera permitido su ingreso a la sede de la E.P.S.; que operó la prescripción de los valores causados con anterioridad al 30 de noviembre de 2012, pues la relación terminó el mismo día y mes de 2015 y se demandó dentro de los tres años, ello, con excepción de las cesantías que se hacen exigibles con la terminación del contrato de trabajo; que al solicitarse salarios desde febrero de 2016, no es dable reconocer salarios, pues la relación laboral terminó con anterioridad; que hay lugar al pago de prestaciones sociales y vacaciones, dado que no se demostró su pago; que el hecho del despido se demostró, pues obran cotizaciones hasta noviembre

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

de 2015, sin que se encuentre acreditada alguna justa causa de terminación, sanción que deberá pagarse debidamente indexada; que no se demostró buena fe, pues SALUDCOOP S.A. siempre fue beneficiaria de los servicios del actor, así como se efectuó condena por prestaciones sociales; que no hay lugar a sanción por no consignación de las cesantías, pues al finalizar el contrato el 30 de noviembre de 2015, frente a las causadas en tal anualidad lo que procede es la sanción moratoria; y que el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL nunca fue beneficiario de los servicios de la demandante, por lo que no es dable imputar solidaridad, no siendo así con IAC GPP SALUDCOOP pues como quedó visto era una mera intermediaria, debe responder en solidaridad.

4. Argumentos de los Recurrentes.

La **parte actora** expuso que la relación laboral continuó de manera ininterrumpida sin que la demandada hubiera logrado acreditar la terminación del mismo, máxime cuando no obra liquidación final del contrato de trabajo; que desde 2002 hasta 2016, la actora prestó sus servicios en las mismas instalaciones, sus jefes eran del Grupo Saludcoop, portaba carnet de esta E.P.S., se efectuó el pago hasta noviembre de 2015; que el salario de la actora era de \$3'153.000 tal y como se puede evidenciar en el I.P.C. aportado al plenario; que desde el 08 de abril de 2016 fue cuando no pudo la actora ingresar a las instalaciones, por lo que el contrato se encuentra vigente conforme a lo dispuesto en el artículo 140 del C.S.T.; y que es deber de LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD intervenir en la prestación de los servicios de salud, por lo que, era beneficiaria de los servicios de la actora a través de la E.P.S., por lo que resulta solidariamente responsable.

Por su parte, **SALUDCOOP E.P.S.** señaló que no se acreditó un contrato de trabajo con la demandada, pues los servicios prestados fueron con entidades totalmente diferentes; que es una E.P.S. que tiene funciones de aseguramiento en salud, no obstante, con quien el demandante tuvo un contrato de trabajo son entidades ajenas a ella, fueron estas las beneficiarias de sus servicios, por demás que la contratación de I.P.S. era para llevar a cabo una buena prestación del servicio de salud; que dejó de prestar el

servicio de salud y esta fue la razón por la que terminó el contrato con la actora, surgieron nuevas relaciones que era totalmente independientes a su objeto social; que se debió desvincular pues es una empresa ya extinta; que no hay lugar a sanciones moratorias ni indexación, pues el estado de liquidación impide el pago de estas, incluso desde la toma de posesión para su liquidación; que la demandante nunca se hizo parte del proceso liquidatorio; y que nunca se acreditó que todos los pagos realizados a la actora provinieran de la E.P.S.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 SALUDCOOP E.P.S. 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.

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 posible desvincular del proceso a SALUDCOOP E.P.S.?, ¿es dable en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas considerar como verdadero empleador de la demandante a SALUDCOOP E.P.S.?, ¿hasta qué fecha se entiende que la relación laboral se extendió?, ¿cuál es el salario acreditado en juicio?, ¿LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD debe responder en solidaridad?, y ¿hay lugar a sanción moratorias e indexación?

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

Tesis

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

Posibilidad de Desvincular a SALUDCOOP E.P.S. en virtud de su Liquidación.

Allega el apoderado de SALUDCOOP E.P.S solicitud de desvinculación con fundamento en la terminación de su existencia legal, para lo cual se allega la correspondiente acta de terminación emitida por la Superintendencia de Salud y cancelación del registro en Cámara de Comercio (archivo 71 C02); sin embargo, a juicio de la Sala tales circunstancias no implican por sí mismas que proceda su desvinculación del presente proceso ordinario laboral, toda vez que esa no es la consecuencia jurídica que establece el ordenamiento procesal.

En efecto, el artículo 68 del C.G.P señala que *“si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren”*, por lo que, el proceso continúa su curso normal con la posibilidad de que intervengan terceros interesados en calidad de sucesores procesales, incluso, en el evento de que estos no comparezcan, en todo caso el proceso continúa hasta que se emita sentencia definitiva con plenos efectos respecto a aquellos.

Ahora, si bien en la Resolución n.º 2084 de 24 de enero de 2023 el liquidador señaló que *“no existe subrogatario legal, sustituto procesal, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos, sin perjuicio de los activos contingentes y remanentes que se discuten judicial y administrativamente”*, ello tampoco implica que proceda la desvinculación de la entidad; nótese que los artículos 9.1.3.6.4 y 9.1.3.6.5 literal d) del Decreto 2555 de 2010, que rigieron la liquidación forzosa administrativa de SALUDCOOP E.P.S., establecen que cuando subsisten

procesos o situaciones jurídicas no definidas, incluso a la terminación de la existencia legal de la sociedad, como ocurre en este caso, el liquidador tiene la obligación de *“encomendar la atención de dichas situaciones a otra institución financiera intervenida o a un tercero especializado, previa constitución de una reserva adecuada”*.

En ese contexto, SALUCOOP E.P.S. liquidada debe continuar vinculada al presente proceso ordinario laboral, solo que su representación podrá ser efectuada por su vocera y/o administradora de los recursos de la misma en los términos del poder que confiera o hubiese conferido.

Lo dicho, además es conteste con CSJ AL2124-2023 en donde se analizó un caso de similares características contra CAFESALUD E.P.S. Por tanto, no es dable acceder a la solicitud de desvinculación.

Igualmente, se aclara que el hecho que la demandante no se hubiera hecho parte del proceso liquidatorio no implica que no pueda comparecer ante la Jurisdicción Ordinaria, pues a través de este trámite se tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido. Sobre el punto, CSJ SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

Del Contrato de Trabajo y del Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas.

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; y a renglón 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.

Efectuadas las anteriores precisiones, se encuentra acreditado en juicio que el demandante inicio de labores mediante contrato a término indefinido con SALUDCOOP E.P.S. el 02 de octubre de 2000 en el cargo de Auxiliar de Servicio al Cliente (fls. 393 a 395 del archivo 05 C01); sin embargo, no se allegó carta de terminación frente a lo que se rememora que la carga de la acreditación de los extremos temporales según CSJ Rad. 41890 del 24 de abril de 2012, reiterada en la CSJ SL16110-2015, le corresponde a la parte actora. En todo caso, en caso de no acreditarse los mismos extremos temporales anunciados en la demanda, el fallador de instancia cuenta con la facultad *infra o minus petita*, y en consecuencia puede reconocer el periodo de tiempo que se encontrara acreditado, siempre y cuando se encuadre en los extremos temporales pretendidos (CSJ SL4816-2015 reiterada en la CSJ SL4515-2020).

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

Dicho lo anterior, la Sala encuentra que a juicio compareció en calidad de testigo, Maritza García Martínez quien señaló que ingresó a laborar a SALUDCOOP E.P.S. e IAC GPP SALUDCOOP el 19 de octubre de 2002, que su vinculación finalizó en 2016 pero que no recuerda el mes, que estuvo junto con la demandante laborando en los puntos Jorge Piñeros, casas de pediatría, consulta externa y en algunas I.P.S., que la demandante recibía órdenes de la jefa inmediata de SALUDCOOP E.P.S., que cumplía horario de trabajo, que las órdenes que impartía la jefa inmediata de SALUDCOOP E.P.S. era sobre los horarios y el lugar donde se debía ejercer la labor, que SALUDCOOP E.P.S. les suministraba uniformes, elementos de trabajo y carnet de identificación, que si en algún momento tenían que ausentarse por situaciones familiares o de salud, debían informar al superior para que alguien cubriera el trabajo; que la demandante realizó labores de atención al cliente, brindaba información a los usuarios de SALUDCOOP E.P.S., CAFESALUD E.P.S. y Cruz Blanca, en suma, realizaba autorizaciones, radicaba y daba respuesta a las acciones de tutela; y que recibían órdenes de Yolanda Rueda quien pertenecía a SALUDCOOP E.P.S., quien era Coordinadora de Autorizaciones.

Al punto, se aclara que dicho testigo fue estudiado según lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, conforme al principio de la libre formación del convencimiento y de conformidad con las reglas de la sana crítica, sin encontrar en la declaración aludida contradicción o algún elemento que permitiera restarle credibilidad.

En suma, IAC GPP SALUDCOOP conforme respuestas otorgadas por la Superintendencia de Salud del 13 y 20 de abril de 2016 (fls.453 a 463 del archivo 05) se trata de una Institución Auxiliar de Cooperativismo simedai por ende al régimen de trabajo de las Cooperativas de Trabajo Asociado, por lo que, 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.

En ese sentido, se rememora que, 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”*.

Así y, 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.

Así las cosas, y en virtud del testimonio de Maritza García Martínez, la Sala considera que se encuentra acreditado que el verdadero empleador de la demandante lo fue SALUDCOOP E.P.S., pues era esta quien ejercía actos de subordinación frente a la demandante; no siendo así frente IAC GPP SALUDCOOP de quien únicamente aparece que realizó cotizaciones a

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

pensión a favor de la demandante, por demás que esta tenía vetada la posibilidad de efectuar labores de intermediación como se asentó en precedencia. En consecuencia, se considera acertada la decisión del A Quo de tener como verdadero empleador a SALUDCOOP E.P.S.

Extremo Final de la Relación Laboral.

Al respecto, se precisa que la testigo Maritza García Martínez no señaló el mes hasta el que se prestaron los servicios por parte de la actora, pues adujo que finalizó en 2016.

De esta manera, y ante la ambigüedad de tal testigo, la Sala considera razonable tener como fecha final de la relación laboral el 30 de noviembre de 2015 tal y como lo expuso el A Quo, pues ciertamente, en la historial laboral de la demandante antes referida se encuentra que sólo hasta tal mes se efectuaron cotizaciones por parte de IAC GPP SALUDCOOP (fls. 397 a 403 del archivo 05 C01).

Por ende, también se confirmará los extremos temporales de la relación laboral señalados por el A Quo.

Salario.

Señala el apoderado de la parte actora que el salario del demandante era la suma de \$3'153.000; no obstante, no obra ningún medio probatorio que dé cuenta que su salario ascendía a tal suma o una superior a la fijada por el A Quo, \$874.000, pues el contrato de trabajo señala un salario de \$387.400 y la historia laboral \$874.000, siendo insuficiente para el efecto las consignaciones bancarias visibles a folios 447 a 449 del archivo 05, puesto que no se logra extraer con certeza qué valores correspondían a salario. Por ende, y ante la insuficiente de actividad probatorio al respecto, no queda otro camino que confirmar el salario teniendo en cuenta por el Juez de Primera Instancia.

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

Solidaridad LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

El artículo 34 del C.S.T. establece que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

Por tanto, cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante. En ese sentido, para declarar la solidaridad es necesario: (i) la existencia de una relación laboral entre el trabajador que presta su servicio y el contratista independiente; (ii) el vínculo de carácter comercial entre esta última y la persona natural o jurídica que se beneficia de la actividad y (iii) la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos realizados con anterioridad.

Frente al último aspecto debe observarse según CSJ SL7789-2016 y CSJ SL11172-2017 que, este no surge del hecho que las labores del contratista independiente sean idénticas a las del dueño o beneficiario de la obra, pero tampoco cualquier actividad permite el nacimiento de aquel fenómeno jurídico, deben ser afines; y CSJ SL3014-2019 y CSJ SL3111-2021 ha señalado la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según el aludido artículo 34 del C.S.T. no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor.

De esta manera, advierte la Sala que si bien se acreditó un servicio que prestó el actor a SALUDCOOP E.P.S., no obra ningún tipo de relación contractual entre esta y LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL para considerar que es solidariamente responsable, por demás que esta nunca fue beneficiaria de la labor que desarrolló la demandante, más aún cuando el objetivo principal de este Ministerio tal y

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

como lo dispone el artículo 1 del Decreto 4107 de 2011 en consonancia con la Ley 489 de 1998 es *“dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo”*.

Por lo dicho, se considera acertada la decisión de absolver a LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

Sanción Moratoria.

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 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 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).

Frente a la situación de insolvencia del empleador, CSJ Rad.37288 del 24 de enero de 2012, Rad. 37288, ha señalado que no se puede interpretar la grave situación de una empresa, e inclusive, que entre en

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

reorganización, como si se estuviera frente a un proceso de liquidación, y que por ende, genere un estado de fuerza mayor para que le empleador se abstenga del efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la finalidad de los dos primeros escenarios es totalmente opuesto a la de liquidación, en tanto que la última busca ponerle fin a la empresa, mientras que la primera es un mecanismo para salir de la crisis económica a fin de evitar la liquidación de la empresa.

En igual sentido, CSJ SL3159-2019 que reiteró la de CSJ Rad. 49024 del 04 de diciembre de 2013, se determinó que:

“En el caso debatido surge que los argumentos que destacó el ad quem para no imponer la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello, menos cuando el artículo 28 del CST impone que «[...] el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas», de forma que, siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción, no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo, tal como por demás, ya se ha dicho por esta corte en la sentencia CSJ SL912-2013.

En tal medida, al exonerar de la sanción prevista en el artículo 65 del CST, por tales motivos, el tribunal incurrió en las infracciones fácticas que se le imputan (...).”

Sin embargo, sobre este caso puntual, CSJ SL1595-2020 señaló:

“No se discute y se tiene por probado que: i) El actor prestó sus servicios a la empresa Odín Energy Santa Marta Corporation SA, hasta el día 1 de noviembre de 2011, cuando renunció a su cargo; ii) que a la fecha de la presentación de la demanda no se le había pagado por parte de la accionada el valor de la liquidación y; iii) que la compañía se encuentra en proceso de reorganización empresarial, al cual se le dio apertura mediante auto del 17 de octubre del 2012, por parte de la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en la Ley 1116 de 2006.

Por su parte, tal como se expresa en la acusación, le bastó ello al Tribunal para encontrar que el estado de insolvencia de la empleadora era una justificación para liberarla de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto la interpretación errónea que le endilga el censor al ad quem, se hace patente en el siguiente aparte de la sentencia enjuiciada:

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

[...] la empresa demandada se acogió al régimen de insolvencia y está sometida a un proceso de reorganización, **lo cual en principio impediría la aplicación del artículo 65 del CST, el cual, no es aplicable a personas naturales ni jurídicas que se encuentren acogidas al régimen de insolvencia**, en razón de que representa una sanción para el empleador que ha incumplido obligaciones que ha debido satisfacer a la terminación de la relación laboral; ello tiene su razón de ser porque **la iliquidez, insolvencia o crisis económicas son circunstancias ostensibles y justificativas de la cesación de pago** que en tiempos normales de estabilidad financiera no tendría excusas. (Destaca la Sala).

Lo que se observa en el juicio jurídico del juzgador de alzada, es que asume que el proceso de reestructuración de la empresa demandada, impide la aplicación del artículo 65 ibidem, o que, su insolvencia o crisis financiera, explica la cesación de pago de salarios y prestaciones sociales, cuando, contrario a ello, lo que ha sostenido la Corte es que el recto entendimiento de la norma exige que es preciso analizar la conducta asumida por el deudor **al momento de la finalización del contrato de trabajo**, en aras de verificar si existieron razones serias y atendibles que justificaran su omisión y lo coloquen en el terreno de la buena fe.

De antaño ha sido criterio constante en las decisiones de la Sala, que en principio los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria, y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva. Así quedó plasmado en la sentencia CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012, en la que, sobre el tema, se sostuvo lo siguiente:

*Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, **en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe.***

Verbigracia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, esta Sala asentó:

“LA INDEMNIZACION MORATORIA Y SUS EXIMENTES:

Con arreglo al artículo 65 del C.S.T si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos en que la ley o el convenio lícito de las partes autoricen retención, a éste corresponde el derecho de percibir un día de salario por cada día de retardo a título de indemnización.

En caso de que este derecho indemnizatorio sea reclamado por vía judicial, la jurisprudencia ha precisado que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe exonerar al patrono.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexa entienda plausiblemente que no

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos.

Como ejemplo típico de buena fe puede mencionarse que el patrono haya estado convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía tales características externas de independencia que la ubicaban en una zona gris respecto del elemento de subordinación. También es dable citar la hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

Debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante de los llamados salarios caídos, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor. En estos eventos el obligado no desconoce su compromiso, sino que alega insuperables hechos impeditivos de su cumplimiento. Verbigracia, si el empresario, a punto de efectuar el pago final de los derechos de determinados trabajadores, no lo puede hacer porque un incendio imprevisto, imprevisible e irresistible consume el dinero destinado a la cancelación, por obvios motivos no debe responder por la demora razonable en volver a conseguir los respectivos medios de pago.

Desde luego, si se pretende alegar fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral y particularmente como eximentes de la indemnización moratoria, han de aparecer comprobados los requisitos de la figura, vale decir que el hecho no sea imputable al deudor, que sea irresistible en el sentido de que el empleador no haya podido impedirlo y quede en imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a tiempo, y que el hecho haya sido imprevisible, esto es, que el obligado no haya podido precaver su ocurrencia, de acuerdo con las circunstancias del caso.

LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala **la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.**

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso **deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional**, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art 333)". (Subraya y destaca la Sala).

En la misma dirección se pronunció la Corporación en la sentencia CSJ SL16884-2016, en la que se adoctrinó:

Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).

En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.

Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:

[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y debido a contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493).

También se alude en dicho proveído, a otro de los tópicos que fue objeto de reproche por el recurrente, que refiere, precisamente, que el

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

juez de la apelación incurrió en un yerro ostensible, por no analizar la conducta de la empleadora al momento en que terminó el nexo contractual, sino, fundado en hechos ocurridos posteriormente – apertura del proceso de reorganización el 17 de octubre de 2012 (once meses después del finiquito del contrato de trabajo)–.

Sobre este particular se dice en la mencionada providencia, lo siguiente:

De acuerdo con lo dicho, el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva, que excluya automáticamente la imposición de la indemnización moratoria. En ese sentido, si se prescinde de manera mecánica de la sanción, sin evaluar las condiciones particulares de cada caso, se propicia una interpretación errónea de la norma, que, como ya se analizó, no admite reglas absolutas ni esquemas preestablecidos. Adicionalmente, entre otras cosas, el juez está obligado a analizar si la reestructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas y, en todo caso, si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite.

En el presente asunto, el Tribunal verificó que la demandada no había efectuado la consignación de la cesantía de los demandantes correspondiente a los años 2003, 2004, 2005 y 2006, y que, de conformidad con el certificado de existencia y representación, se había sometido a un proceso de reestructuración desde el 26 de agosto de 2003. Asimismo, con vista en esas premisas, sin argumentos adicionales, concluyó que:

[...] Nada dijo el Tribunal en torno a la conducta de la demandada, específicamente en el momento en el que tenía que consignar la cesantía, ni respecto del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el trámite de la reestructuración y, en términos generales, de su comportamiento en las condiciones particulares del caso.

De acuerdo con lo anterior, al Tribunal le bastó con verificar que la sociedad demandada se había sometido a un proceso de reestructuración y, sin más, infirió que la indemnización moratoria resultaba improcedente. Tras ello, efectivamente incurrió en los errores jurídicos denunciados por la censura en el primer cargo, pues generalizó las reglas relativas a la buena fe del empleador en situaciones de recuperación económica y, a la postre, excluyó de manera automática la imposición de la indemnización moratoria.

Además de lo anterior, desde el punto de vista fáctico, propio del segundo cargo, de acuerdo con las certificaciones obrantes a folios 5, 9, 13, 27, 31, 37, 43, 56, 71, 85, 91, 102, 105 y 110, la cesantía adeudada a los recurrentes [...] incluía la del año 2002, que debió ser consignada a más tardar el 15 de febrero de 2003, es decir, antes de que se iniciara el proceso de reestructuración. En dicha medida, el impulso de ese trámite de reactivación económica no constituía una excusa válida para haber dejado de pagar obligaciones causadas con anterioridad, como se explicó, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288, anteriormente reseñada, y al no advertirlo así el Tribunal, incurrió en los errores de hecho segundo y terceros denunciados por la censura.

[...] Ahora bien, nadie niega la legitimidad de propiciar medidas tendientes a la recuperación económica de la empresa, pero tal situación no puede ir en contra de los derechos mínimos de trabajadores que, en términos proporcionales, en este caso particular, no representaban riesgo alguno para

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

la estabilidad económica. Por lo mismo, el hecho de que no se hubiera podido realizar la venta de los equipos e instalaciones no le puede ser opuesto a los trabajadores, más aún cuando la empresa asumió de buena fe el compromiso de cancelar, entre otras, las acreencias laborales, dentro del proceso de reestructuración.

Por todo lo dicho, el Tribunal incurrió también en los yerros fácticos denunciados por la censura en el segundo cargo, pues no advirtió que varias de las deudas por cesantía eran anteriores al inicio del trámite de reestructuración y que, de cualquier manera, durante ese proceso el empleador no había cumplido con los compromisos que había adquirido, de manera que no podía ser ubicado dentro del terreno de la buena fe, máxime si se tiene en cuenta que sus activos y patrimonio eran considerablemente superiores a la deuda adquirida con los trabajadores por cesantía [...]”.

De esta manera, encuentra la Sala que SALUDCOOP E.P.S. a la fecha se encuentra liquidada, y que dicha liquidación inició a raíz de una intervención forzosa impulsada por la Superintendencia de Salud se realizó mediante Resolución 002414 del 24 de noviembre de 2015 (fls. 13 a 28 del archivo 27), por lo que, al declararse la relación laboral hasta el 30 de noviembre de 2015, no sería dable condenar por tal concepto. En consecuencia, se **REVOCARÁ el literal f) del numeral segundo** de la sentencia, en cuanto se condenó por concepto de sanción moratoria, para en su lugar condenar a la demandada a reconocer la totalidad de las acreencias laborales objeto de condena debidamente **indexadas**, pues en todo caso estas se han visto sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas 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,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2016-00458 -01.

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR el numeral literal f) del numeral segundo** de la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a la SALUDCOOP E.P.S. y a IAC GPP SALUCOOP del reconocimiento y pago de **indemnización moratoria**, y se CONDENA a que pague las condenas debidamente **indexadas** al momento de hacerse efectivo su pago.

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

TERCERO. –. Costas 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.

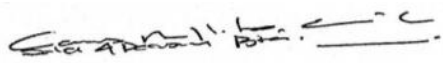
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

(Impedido)

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2016-00458 -01.

Demandante: **ANGÉLICA ARÉVALO TORRALBA.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.**

AUTO

Se señala a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00162 -01.

Demandante: **LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S. Y GOLD RH 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuesto por **LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA Y GOLD RH S.A.S.** contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el primer recurrente adelanta contra **SALUD TOTAL E.P.S.** y el segundo recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare que el contrato a término indefinido que celebró con GOLD RH S.A.S. era simulado, y por ende, que su verdadero empleador fue SALUD TOTAL E.P.S. del 01 de agosto de 2015 al 24 de febrero de 2017; que el concepto pagado por “medios de transporte” es salario; y que su salario era variable dependiendo de las ventas o comisiones que lograra. Como consecuencia de lo anterior, solicitó reliquidación de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones, e indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; intereses moratorios; y sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 01 de octubre de 2015 con GOLD RH S.A.S. para desempeñar el cargo de Gerente de Cuenta a favor de SALUD TOTAL E.P.S.; **2)** Desarrollaba sus funciones en las instalaciones de SALUD TOTAL E.P.S., quien era además quien le suministraba los elementos de trabajo; **3)** Devengaba \$2'000.000 como factor fijo y, un porcentaje variable por ventas que realizara que tenía la denominación de “medios de transporte”; **4)** Los pagos por concepto de prestaciones sociales se realizó sobre el salario fijo; **5)** El 24 de febrero de 2017, GOLD RH S.A.S. dio por terminado el contrato de trabajo; **6)** Sus funciones realizaban en la comercialización de afiliaciones a favor de SALUD TOTAL E.P.S., liderar equipos de ventas, crear y coordinar estrategias de ventas, presentar informes sobre ventas, y resolver incapacidades, retardos permisos, y procesos disciplinarios; teniendo a su cargo entre 20 y 30 asesores; **7)** Cumplía horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 A.M. a 7:00 P.M.; **8)** Rendía cuentas a Sonia Erazo quien laboraba para SALUD TOTAL E.P.S., así como debía asistir a reuniones organizadas por el Gerente Regional de esta entidad; y **9)** Tenía a su cargo practicantes del SENA que eran asignados a SALUD TOTAL E.P.S.

2. Respuesta a la Demanda.

SALUD TOTAL E.P.S. se opuso a a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación (fls. 83 a 101 del archivo 01).

No aceptó ningún hecho. Expuso que, no tuvo ningún tipo de injerencia en la relación laboral del actor con GOLD RH S.A.S. ni ejerció ningún tipo de subordinación sobre el demandante; que GOLD RH S.A.S. ostentó total autonomía en los medios de producción y en la ejecución de los procesos contratados, así como en la coordinación de las instrucciones de tiempo, modo y lugar; y que la potestad disciplinaria sobre los trabajadores de GOLD RH S.A.S. recaía en esta entidad.

Por su parte, **GOLD RH S.A.S.** también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su

favor, incluyendo las de prescripción y compensación (fls. 181 a 238 del archivo 01).

No aceptó ningún hecho. Adujo que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con el demandante, quien lo firmó de forma libre y voluntaria; que el actor durante la relación laboral no elevó ningún tipo de queja o reclamo; que era quien ejercía actos de subordinación sobre el trabajador; que realizó los pagos por concepto de salario de conformidad con lo pactado contractualmente; y que se pactó que los medios de transporte no tenían naturaleza salarial, lo que también aceptó el trabajador de forma libre y voluntaria.

3. Providencia Recurrída.

La **A Quo** dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO: ABSOLVER todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de SALUD TOTAL E.P.S., por parte del demandante.

SEGUNDO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a reconocer y pagar a favor del demandante, las siguientes sumas y conceptos:

- Por la diferencia entre lo pagado en la liquidación final y lo que debe reconocerse por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, en la suma de \$10'535.126.
- Por la diferencia entre lo pagado en la liquidación final y lo que debe reconocerse por concepto de indemnización por despido sin justa causa, en la suma de \$4'541.035
- **TOTAL:** \$15'076.161

TERCERO: ORDENAR a GOLD RH S.A.S. a pagar al demandante las sumas objeto de condena descritas en el ordinal anterior, de manera indexada, conforme la variación del I.P.C. dispuesto por el D.A.N.E. teniendo como fecha inicial la ejecutoria de la presente decisión, y como final el momento en que se haga efectivo el pago de la obligación a su cargo.

CUARTO: ABSOLVER a GOLD RH S.A.S. de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones formuladas por SALUD TOTAL E.P.S. y NO PROBADAS las formuladas por GOLD RH S.A.S.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo GOLD RH S.A.S. Se señalan como agencias en derecho a suma de \$2'500.000 a favor de la parte actora.

Para arribar a la anterior decisión señaló que la tacha frente a la testigo no es procedente por cuanto no se evidencian circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, únicamente narró los hechos que le constaban, y el sólo hecho de elevar demanda por las mismas razones que el demandante no configura por si misma tal tacha; que GOLD RH S.A.S.

siempre mantuvo su calidad de empleador, puesto que no se logró acreditar que SALUD TOTAL E.P.S. ejerciera algún tipo de subordinación sobre el demandante, por el contrario, la testigo referida señaló que era representante del empleador GOLD RH S.A.S., así como aquel que coordinaba un grupo a nombre de esta; que no obran pruebas que permitan establecer que el servicio del actor fue para SALUD TOTAL E.P.S. como empleador, pues GOLD RH S.A.S. suscribió un contrato con dicha entidad para realizar actividades de mercado y prestar servicios su portafolio, debiendo el actor cumplir con tal objeto; que aunado a lo anterior, el objeto social de dichas empresas no es el mismo; que de la documental es posible colegir que además del salario se le pagaba el auxilio no salarial para medios de transporte y reconocimiento equipos productos, y si bien se pactó una cláusula de exclusión salarial, lo que se acreditó en juicio es que el pago de tales rubros sobrepasaban su salario básico; que en todo caso, para todo efecto se tomará el salario certificado por el mismo empleador; que no hay lugar a sanción moratoria pues GOLD RH S.A.S., pagó lo que creía deber y no hay muestra alguna que se hubiera transmitido por parte del trabajador su inconformidad; y que por lo anterior, las condenas se deben reconocer debidamente indexadas.

4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** expuso que el verdadero empleador del actor era SALUD TOTAL E.P.S., puesto que GOLD RH S.A.S. fue una mera intermediaria, y se acreditó una prestación personal del servicio a favor de la E.P.S. con la declaración de la testigo compareciente, quien dio cuenta que todo era a favor de la E.P.S., rendía cuentas a esta, cumplía un horario de trabajo, y era tal entidad quien le suministraba elementos de trabajo, sin que la tacha contra esta resulte prospera, pues no tenía ningún tipo de interés en el proceso; que por lo anterior, el contrato de trabajo se presumía, sin que SALUD TOTAL E.P.S. hubiera desvirtuado el elemento de la subordinación; que la documental no tiene el alcance de desvirtuar la existencia de un contrato de trabajo; que frente al salario no se reliquidó prima de servicios ni cesantías de 2016; y que hay lugar a sanciones moratorias, pues hubo una simulación para que al trabajador no le pagaran

las prestaciones sociales como lo indica el artículo 127 del C.S.T., lo que no es un actuar de buena fe.

Por su parte, **GOLD RH S.A.S.** señaló que los artículos 127 y 128 del C.S.T. permiten desalarizar pagos que tienen connotación salarial, estableciéndose claramente que el rubro pagado por concepto de medios de transporte no eran salario; y que los reconocimientos eran para que el actor realizara visitas a los lugares y cumplir las citas que se le presentaran.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 la parte actora y de GOLD RH S.A.S., 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:

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer que el empleador principal del actor era SALUD TOTAL E.P.S.?, ¿es posible considerar que los valores pagados por concepto de auxilio no salarial para medios de transporte es salario?, ¿es procedente el reajuste de la prima de servicios y las cesantías de 2016? y, ¿es factible considerar que el actuar del empleador se enmarcó en el principio de la buena fe para no condenar por concepto de sanciones moratorias?

Tesis

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

Del Contrato de Trabajo y del Principio de la Primacía de la Realidad Sobre las Formas.

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; y a renglón 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.

Efectuadas las anteriores precisiones, se encuentra acreditado en juicio que el demandante inició labores mediante contrato a término indefinido con GOLD RH S.A.S. el 01 de octubre de 2015 en el cargo de Gerente de Cuenta I; relación que perduró hasta el 24 de febrero de 2017 (fls. 23, 239 a 256 y 297 del archivo 01).

Asimismo, se acreditó la celebración de un contrato de mandato entre SALUD TOTAL E.P.S. y GOLD RH S.A.S., mediante la que se dispuso que esta debía promocionar las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social Salud, conforme al proceso comercial que la E.P.S. le confería; que debía estudiar el mercado, realizar actividades de comunicación, promoción y venta de productos y servicios derivados del mencionado sistema, entre otros, con el fin de satisfacer las necesidades y deseos de los usuarios y ofrecer a todos los clientes el portafolio de servicios de salud de SALUD TOTAL E.P.S. S.A, a través de personas-capacitadas e idóneas, en el proceso de comercialización, respetando siempre el derecho de libre escogencia que le asiste a cada afiliado, o potencial afiliado individualmente considerado (fls. 137 a 166 del archivo 01).

Del mismo modo, según el contrato de trabajo referido, el demandante debía brindar información veraz y completa de los posibles beneficiarios efectivos de los planes y programas que se ofrecen; presentar informes de gestión a su superior o a la persona que para todo efecto se le asigne, cumplir con las metas de afiliación, propender por el desarrollo y mantenimiento de nuevos mercados, encargarse del mantenimiento de clientes actuales, mantener el número mínimo de afiliados y el movimiento mínimo neto de usuarios cotizantes, realizar inscripción al P.O.S. con el cliente de las personas que estén interesados en hacerlos con el formulario respectivo debidamente diligenciado, radicar los formularios de afiliación al P.O.S. y copia de estos al empleador o pagador de pensión, entregar carnet que identifica cotizantes y beneficiarios de la E.P.S., entre otras similares.

Así y, de conformidad con los elementos probatorios aludidos, es claro que el demandante fue vinculado el 01 de octubre de 2015 con GOLD RH S.A.S. para prestar servicios a SALUD TOTAL E.P.S., lo que cobra mayor de fuerza si se tiene en cuenta lo señalado por la testigo Diana Andrea Cadena

Caro, quien señaló que durante dicha relación, el accionante desempeñó sus laborales a favor de la E.P.S, pues era quien estaba a cargo de la coordinación del grupo comercial que realizaba visitas a empresas para ofrecer paquetes de afiliaciones de la E.P.S., coordinaba e implementaba las estrategias de venta de planes y beneficios de salud, y realizaba reuniones para el fin señalado, acompañaba a asesores comerciales a realizar visitas de campo y ofrecer los productos de la E.P.S.; testigo que se estudió 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, sin que se encontrara contradicciones en su declaración, por lo que a juicio de la Sala es fidedigno.

Con base en las pruebas hasta aquí analizadas, se verifica que existió una prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de SALUD TOTAL E.P.S. Por ende, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, y encontrarse configurado el elemento de la prestación personal del servicio, le correspondía a la pasiva desvirtuar que ejerció algún tipo de acto de subordinación; no obstante, lo que se encuentra acreditado es que el actor desarrolló funciones propias de las actividades comerciales- especialmente en afiliaciones- de la E.P.S., las que son del giro permanente de esta, ya que guardan relación con una de sus tareas ordinarias.

En efecto, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 establece que *“Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley”*.; asimismo, en el Decreto 2385 de 2015 referente a las reglas de unificación de afiliación en salud se observa el rol fundamental de la E.P.S. en dicho proceso, pues es quien realiza el aseguramiento y quienes deben garantizar la prestación de tal servicio.

Por consiguiente, al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se tiene que GOLDEN RH S.A.S. actuó como una simple intermediaria y, en consecuencia, se **REVOCARÁ el numeral primero** de la sentencia en cuanto absolvió a SALUD TOTAL E.P.S. de las pretensiones incoadas en su contra, y **PARCIALMENTE el numeral quinto** en cuanto DECLARÓ PROBABAS las excepciones propuestas por SALUD TOTAL, para en su lugar establecer que entre LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA y SALUD TOTAL E.P.S. existió un contrato de trabajo entre el 01 de agosto de 2015 y el 24 de febrero de 2017.

Al punto, se aclara que no es dable declarar **solidaridad**, como quiera que en las pretensiones principales únicamente se demandó como empleador a SALUD TOTAL E.P.S., y no se petitionó la aludida solidaridad a cargo de GOLDEN RH S.A.S., y esta corporación no posee facultades *ultra y extra petita*.

Salario.

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

Es criterio de CSJ Rad. 27325 del 10 de julio de 2006, CSJ Rad. 40509 03 de julio de 2013, CSJ Rad. 4369609 de julio de 2014, CSJ SL865-2019, y CSJ SL4866-2020, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación

que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes.

Del mismo modo, CSJSL12220-2017, CSJSL1437-2018, CSJSL5159-2018, y CSJSL4663-2021 tiene sentado que, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que la juez de primera instancia si bien tuvo que eran salario los valores pagados por concepto de auxilio no salarial para medios de transporte, y auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos, para efectos de establecer el monto del salario tuvo en cuenta la certificación obrante a folio 23 del archivo 01, en donde se estableció que el salario promedio del último año de servicios del demandante ascendía a \$5'337.909.

Al respecto, se rememora frente a las certificaciones emitidas por el empleador que, en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 ha dicho que los hechos consignados en ellas, deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida.

Por tanto y, no evidenciándose una actividad probatoria sólida que fuere desplegada por la demandada para desvirtuar el contenido de su propia certificación, se tendrá como ciertos los hechos que la misma consigna y, por ende, que entre febrero de 2016 y 2017, el salario fue la suma aludida.

En todo caso, frente a los factores salariales señalados, téngase en cuenta que en el contrato de trabajo celebrado por el actor con GOLD RH

S.A.S., se verifica en las cláusulas tercera y cuarta que se reconoce al trabajador el auxilio denominado “medios de transporte”, los que tienen como finalidad sufragar los gastos de transporte que en la gestión de afiliación efectiva realice la trabajadores, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para diligenciar formularios, para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte dispuestas; que se pagan por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente; que estos beneficios y/o auxilios mencionados no constituyen salario y que por lo tanto no se tienen en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral a cargo del empleador, y que el empleador se reserva la facultad de modificarlas o eliminarlas (fls. 239 a 256 del archivo 01).

Conforme a ello, es claro que los denominados medios de transporte si bien tienen como finalidad sufragar gastos de transporte en la gestión de afiliación efectiva que se realice los trabajadores, no es menos cierto, que según se establece en la misma cláusula tercera del contrato de trabajo, se pagaban por afiliación de cada cotizante; aspecto del que también dio cuenta la testigo Diana Andrea Cadena Caro, quien manifestó que dicho auxilio eran las comisiones de los trabajadores, que les pagaban por cada formulario de afiliación y usuario, y que se pagaban por metas individuales y grupales.

Por tanto, se considera acertado tener tal rubro como salario, así como el correspondiente al auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos, pues frente a este no se efectuó ningún pacto de exclusión no salarial expreso, por lo que, en tales condiciones es dable considerar su condición de salario.

Reajuste Prima de Servicios y Cesantías de 2016. Prescripción.

Señala el demandante que es dable el reconocimiento del reajuste de la prima de servicios y las cesantías de 2016. Ciertamente, la A Quo únicamente impuso condena por reajuste de liquidación final de

prestaciones sociales; sin embargo, omitió hacer referencia a los valores causados con anterioridad.

Al punto, y dado que se alegó la excepción de prescripción, se encuentra que teniendo en cuenta que se demandó el 22 de febrero de 2019 (fl. 53 del archivo 01), sin que obre reclamación anterior a tal calenda, se tiene que operó el fenómeno de la prescripción sobre las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2016 con excepción de las cesantías. Ciertamente, CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010 y CSJ SL5291-2018 señala que las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral.

Así las cosas, resulta procedente el reajuste de primas de servicios y cesantías de 2016, para lo cual habrá de aclararse que para el mes de enero de 2016 para efectos de liquidar se tendrá como salario la suma de \$4'130.856 consistente en el salario básico y el concepto denominado "medios de transporte"; respecto a los salarios de febrero a diciembre de 2016 se tendrá la suma de \$5'337.909, conforme la certificación obrante a folio 23 del archivo 01.

Así las cosas, se tiene que por concepto de reajuste de cesantías de 2016 se debió pagar la suma de **\$5'237.321,25**; no obstante, se pagó la suma de \$2'082.214, según la documental visible a folio 287 del archivo 01, por lo que, se adeuda **\$3'155.107,25**.

En cuanto al reajuste de la prima de servicios, se debió pagar por el primer semestre de 2016, \$2'568.366,75 y por el segundo, \$2'668.954,50; sin embargo, según las documentales visibles a folios 273 y 285 del archivo 01 se pagaron las sumas de \$1'018.242 y \$1'044.007, respectivamente, por lo que, se adeuda **\$1'550.124,75 y \$1'624.947,50**.

Por lo dicho, y dado que las condenas por concepto de reajuste de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, se impusieron a cargo de GOLD RH S.A.S., se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia en cuanto se impusieron las condenas por concepto de reajuste de liquidación final de

prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa a cargo de GOLD RH S.A.S., para en su lugar imponerlas a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. Asimismo, se **ADICIONARÁ** tal numeral a fin de establecer las condenas aludidas por concepto de reajuste de cesantías y primas de servicios de 2016.

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 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 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 SALUD TOTAL E.P.S. la condena que se impone no sólo tiene su génesis en un indebido uso de una tercerización, sino también en la falta de inclusión de valores que constituían salario en la liquidación de prestaciones sociales; aspectos de los que no se puede colegir buena fe, como quiera que incluso se le dio una denominación de medios de transporte, cuando lo que se pagaba en estricto sentido ni siquiera correspondía a los transportes que usaban sus

trabajadores para transportarse o al valor de la gasolina del vehículo en que se movilizaban, sino a la cantidad de afiliaciones que se realizaran en ejercicio de sus funciones de conformidad con el tipo de empresa y metas.

De esta manera, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se **MODIFICARÁ** la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que se CONDENA a la demandada por concepto de **sanción moratoria**, la que consistirá en **un salario diario, \$177.930,30 por cada día de retardo desde el 25 de febrero de 2017 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera**, pues se demandó el 22 de febrero de 2019 (fl. 53 del archivo 01), esto es, dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo laboral, 24 de febrero de 2017.

En cuanto a la **sanción por no consignación de las cesantías**, se hace menester recordar que los términos prescriptivos de las cesantías y de la sanción por su no consignación no transitan por igual camino, en tanto su exigibilidad surgen en épocas diferentes, toda vez que el primero, se hace exigible al momento de la finalización del nexo laboral (CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010), mientras que el segundo, nace en los términos del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para depositar en cada anualidad dicha prestación social, por tanto, se contabiliza desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda las cesantías causadas y que se dejaron de consignar, por ende, su exigibilidad emerge desde tal día (CSJ Rad. 35.630 del 01 de febrero de 2011, reiterada en la CSJ SL2512-2020 y CSJ SL912-2023).

De esta manera, al imponerse condena por la falta de pago total únicamente de las de 2016 no operó tal fenómeno, como quiera que estas se hicieron exigibles el 15 de febrero de 2017, y como quedó visto se demandó el 22 de febrero de 2019. Así, y dado que el valor que se adeuda por tal concepto es la suma de \$3'155.107,25 y finiquitó la relación laboral el 24 de febrero de 2017, por lo que, sólo se incurrió en mora de diez días, se debe pagar la suma de **\$1'051.702,42**, por lo que, también se

MODIFICARÁ la sentencia, en el sentido de ADICIONAR tal condena; no se impone la sanción sobre las de 2017, puesto que estas hacían parte de la liquidación final de prestaciones sociales, y la indemnización que se impone por tal rubro es la sanción moratoria antes referida.

No se ordena **indexación** frente a prestaciones sociales, puesto que esta condena resultaría incompatible con la sanción moratoria, la que cubre la actualización por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, por ende, es dable ordenar su pago únicamente frente a las vacaciones, y la sanción por no consignación de las cesantías. Lo dicho, conforme a CSJ Rad. 35.603 del 01 de febrero de 2011, y CSJ SL4278-2022.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de SALUD TOTAL 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** el numeral primero y **PARCIALMENTE** el numeral sexto de la sentencia en cuanto declaró probadas las excepciones propuestas por SALUD TOTAL E.P.S. En su lugar, se DECLARA que entre LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA y SALUD TOTAL E.P.S. existió un contrato de trabajo entre el 01 de agosto de 2015 hasta el 24 de febrero de 2015.

SEGUNDO. – **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral segundo, en cuanto se impuso condena por concepto de reajuste liquidación final de prestaciones sociales, vacaciones, e indemnización moratoria a cargo de GOLD RH S.A.S., para en su lugar, establecer que quién debe asumir

Demandante: **LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S. Y GOLD RH S.A.S.**

tales condenas es SALUD TOTAL E.P.S. como verdadero empleador de LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA. Asimismo, se ADICIONA tal numeral en el sentido de establecer que SALUD TOTAL E.P.S. debe reconocer y pagar a LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA por concepto de reajuste de cesantías de 2016 y primas de servicios del primer y segundo semestre de 2016, las sumas de **\$3'155.107,25, \$1'550.124,75 y \$1'624.947,50**, respectivamente.

TERCERO. –. **MODIFICAR** la sentencia en el sentido de **ADICIONAR** que se CONDENA a SALUD TOTAL E.P.S. a pagar a LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA por concepto de **sanción moratoria, un salario diario, \$177.930,30 por cada día de retardo desde el 25 de febrero de 2017 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera**

Igualmente, se **ADICIONA** el aludido numeral, en el sentido de establecer que se CONDENA a SALUD TOTAL E.P.S. a pagar a LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA por concepto de **sanción por no consignación total de las cesantías de 2016** la suma de **\$1'051.702,42**; suma que deberá pagarse debidamente **indexada** al momento de hacerse efectivo su pago.

Finalmente, se DISPONE que SALUD TOTAL E.P.S. debe a pagar a LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA el **reajuste por concepto de vacaciones** debidamente **indexado** al momento de hacerse efectivo su pago.

SEGUNDO. –. Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00162 -01.

Demandante: **LUIS GUILLERMO GARCÍA PINEDA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S. Y GOLD RH 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 señala a cargo de SALUD TOTAL E.P.S. como agencias en derecho la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00534 -01.

Demandante: **CLAUDIA INÉS CELY.**

Demandado: **BRINK'S DE COLOMBIA 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **CLAUDIA INÉS CELY en nombre propio y de DYLAN ANDRÉS RUBIANO CELY** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 23 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **BRINK'S DE COLOMBIA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo entre José Ignacio Rubiano Parada y la demandada del 24 de octubre de 2011 al 10 de julio de 2013; que el señor Rubiano Parada tenía un promedio salarial de \$1'766.497; que no se han reconocido en debida forma las prestaciones sociales del señor Rubiano Parada, lo que afectó el monto de su pensión de jubilación; y que el accidente de trabajo sufrido por el señor Rubiano Parada es atribuible a la empresa demandada. Como consecuencia de lo anterior, pretende se condene al reconocimiento y pago de los valores constitutivos de salario dejados de percibir, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las

cesantías, indexación, intereses moratorios, perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, y perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 25 de marzo de 2011 inició una relación sentimental con el señor José Ignacio Rubiano Parada; unión marital de hecho que fue declarada por el Juez 28 de Familia del Circuito de Bogotá y, que se extendió hasta el 10 de julio de 2013, fecha de deceso del último; **2)** De dicha unión nació el menor DYLAN ANDRÉS RUBIANO CELY el 21 de mayo de 2012; **3)** El causante era quien sufragaba los gastos de su hogar y del menor; situación económica que se vio gravemente afectada con tal deceso, así como se vieron truncados sus diversos proyectos de vida; **4)** El causante laboró al servicio de la demandada del 24 de octubre de 2011 al 10 de julio de 2013, como Escolta; **5)** El 01 de julio de 2013 a las 8:20 A.M. y dando cumplimiento a las órdenes e instrucciones impartidas por su empleador y a lo programado para la ruta 7, Hernando Fagua, Carlos Melo, Jorge Tapiero y el causante, en vehículo liviano se encontraba realizando la recolección de valores del punto Éxito de Chía- Cundinamarca de acuerdo con los procedimientos estandarizados por la demandada; actividad en la que el exánime descendió del vehículo, procedió a llevar los carnets de identificación de la tripulación al personal de vigilancia del cliente, no obstante, este estaba siendo asaltado por cinco individuos con armas de fuego; escenario en el que el causante en extrañas circunstancias resultó gravemente herido en cráneo y miembros inferiores; **6)** No existen registros o informes del suceso; **7)** El 10 de julio de 2013 falleció el señor Rubiano Parada; **8)** El salario básico del causante era \$959.040 más horas extras, recargos festivos, nocturnos, y demás emolumentos conforme a la ley laboral; certificándose que tenía un promedio salarial mensual en el último año de \$1'638.250; **9)** La A.R.L. certificó un I.B.L. de \$1'644.234 para los fines de la pensión de sobrevivientes; sin embargo, de los desprendibles de nómina del último semestre laborado por el causante se puede desprender que tenía un promedio salarial de \$1'766.497; **10)** El causante laboraba más de diez horas diarias, lo que repercutía directamente en la calidad de vida de su trabajador, pues se alteraban sus ritmos biológicos, tenía alteraciones del sueño, insomnio, trastornos digestivos nerviosos, fatigas, e irritabilidad, lo que aumentaba su tensión y ansiedad; **11)** El 28 de junio de 2016 solicitó

la hora de ingreso y egreso del trabajador, lo que fue negado por la empresa; **12)** La A.R.L. en concepto del 29 de julio de 2013 dispuso que se debía revisar junto con el cliente Éxito el protocolo de recolección y transporte de valores, que este ajustara condiciones locativas para asegurar restricción del área de tesorería y ubicación segura de la tripulación mientras se realiza la autorización de ingreso y, validar la eficacia en temas de capacitación y entrenamiento para actuar en presencia de un posible asalto; **13)** El 28 de junio de 2016, la demandada fue notificada de la reclamación administrativa, la que no fue contestada; y **14)** El 01 de septiembre de 2016 reiteró su solicitud.

2. Respuesta a la Demanda.

BRINK'S DE COLOMBIA (archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó los hechos referidos a la ruta que debía realizar el causante y su tripulación el 01 de julio de 2013, el asalto que ocurrió ese día, así como el fallecimiento de este el 10 del mismo mes y año; el valor del salario básico; la radicación de derecho de petición para lograr información acerca de los desprendibles de nómina del último semestre laborado por el causante; y la labor del causante, así como que esta era considerada de alto riesgo, debiéndose laborar por más de diez horas diarias.

Adujo que el monto con el que pagó seguridad social siempre fue acorde a la ley; que a la fecha de la presentación de la demanda se superó el término de tres años, por lo que operó el fenómeno de la prescripción; que se evidencia inexistencia de los elementos que configuran la culpa patronal del artículo 216 del C.S.T., así como tampoco se encuentra nexo de causalidad entre el hecho y la causa generadora del accidente acontecido, pues la empresa actuó con el deber de cuidado, entregándole protección consistente en chaleco antibalas y arma de fuego tipo escopeta; que aunado a lo anterior, entrenó al ex trabajador en el cargo que desempeñaba, siendo el último entrenamiento poco tiempo antes a la ocurrencia del suceso, programó para atender el punto a cuatro tripulantes, generando una

protección extra para los miembros de la tripulación; y que el acontecimiento de los hechos se dieron por la existencia de una causa extraña, enmarcada en el hecho de un tercero o el caso fortuito, pues fue el accionar delincuencia el que ocasionó el suceso.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que, no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre el exánime y la demandada; que no obra prueba alguna de que el causante hubiere devengando un salario superior sobre lo que se realizó los aportes a pensión, por demás que, no toda suma que recibía el trabajador era factor salarial, y dichos aportes se hicieron teniendo en cuenta el tiempo suplementario que se laboró; que no obra prueba de tiempo suplementario adicional al teniendo en cuenta por el empleador para pagar aportes a pensión; que si bien está debidamente acreditado el siniestro acaecido el 01 de julio de 2013, lo cierto es que conforme al acervo probatorio arrimado al plenario, es posible establecer que, el causante no falleció por culpa del empleador, pues aunado a que laboraba dentro de las jornadas máximas permitidas, no se acreditó el nexo de causalidad, esto es, que el siniestro se dio con ocasión a un extenso de jornadas laborales, de hecho, el accidente ocurrió a las 8:20 A.M., es decir, dentro de la aludida jornada; que en suma se encuentra acreditada la debida capacitación al trabajador, que el causante ingresó con la debida evaluación de competencias, entrenamiento, inducción, experiencia y reentrenamientos, así como el día del siniestro contaba con arma de fuego y chaleco de protección personal; que según informe el motivo del accidente fue que no se detectó signos de alerta ni hubo una acción apropiada; y que por lo anterior, no se encuentra acreditado en el nexo de causalidad, por demás que el hecho que generó el siniestro fue generado por un tercero y cuando el trabajador se encontraba de espaldas sin poder realizar una adecuada acción de maniobra.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** expuso que el Decreto 1295 de 1994 establece que es deber del empleador procurar el cuidado integral de la salud de sus trabajadores y de los ambientes de trabajo, y facilitar los espacios para capacitación en materia de salud ocupacional y para adelantar los programas a cargo de las A.R.L.; que la demandada se limitó a expresar que el siniestro fue culpa exclusiva de la víctima, tal y como se puede colegir del interrogatorio de parte del representante legal de la enjuiciada, empero, no existe claridad que los procedimientos eran de conocimiento del causante y de los tripulantes, así como la existencia de capacitaciones para actuar en el escenario que perdió la vida; que el empleador responde hasta por culpa leve, debiendo mitigar el riesgo propio de la actividad del trabajador, estando obligada a realizar el análisis de dicho riesgo de forma preventiva para poder prestar sus servicios a los respectivos clientes; que todas las empresas están obligadas a adoptar y poner en práctica las medidas de prevención y protección de riesgos profesionales, lo que no se evidenció; y que de los desprendibles de pago se puede establecer la cantidad de horas extras que el causante trabajó al mes, lo que fue un factor para nula reacción de este al momento del siniestro.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 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 **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿El dable considerar que el accidente de trabajo que acaeció el 01 de julio de 2013 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.

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.

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 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 este faltó a sus deberes o controles, en aras de evitar o prevenir accidentes laborales (CSJ SL4277-2020 y CSJ SL2335-2020). Sin embargo, según CSJ SL14420-2014, CSJ SL2336-2020, CSJ SL1897-2021, y CSJ SL5300-2021, existe actos que rompen *“la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño”* y, por tanto, exoneran al empleador del resarcimiento pleno y subjetivo de perjuicios, debido a que nadie está obligado a reparar un daño que no ha causado; así, tiene explicación que sean causas ajenas y, por ende, eximentes de responsabilidad, el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y de un tercero, pues en esos eventos, hay *“imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa”*.

Sentados lo anteriores presupuestos y, descendiendo al caso, encuentra la Sala que la demanda se funda en la presunta falta de capacitación, en la ausencia de procedimientos y del análisis de riesgo en el escenario que el causante perdió la vida, y en la omisión en adoptar y poner en práctica las medidas de prevención y protección de riesgos profesionales; 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.

Igualmente, señala que el siniestro fue causado con ocasión la cantidad de horas extras que el causante trabajaba al mes.

Así las cosas, y verificada la prueba documental, se evidencia del Informe Pericial de Necropsia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que, el 01 de julio de 2013, el causante sufrió un accidente de trabajo mientras estaba desarrollando su labor como Escolta, puesto que sufrió heridas por proyectiles de arma de fuego cuando se encontraba laborando; estaba en un almacén de cadena en Chía-Cundinamarca y unos individuos que al parecer están hurtando el lugar, le dispararon, luego fue valorado en la Clínica Chía, de donde fue remitido a la Clínica Cardío Infantil, donde fue llevado a cirugía y finalmente falleció el 11 de julio de 2013 (fls. 74 a 78 del archivo 01).

De igual manera, en el informe del siniestro presentando ante la A.R.L. Sura por parte de la demandada el 15 de julio de 2013 se detalló que el 01 de julio de 2013, el causante se encontraba programado para la ruta 7 en su calidad de escolta junto con tres tripulantes más; ruta en la que se encontraban realizando la recolección de valores del punto Éxito Chía, para lo cual el causante descendió del vehículo y procedió a llevar los carnets de identificación de la tripulación al personal de seguridad de la empresa cliente, sin embargo, de forma simultánea dicho punto estaba siendo asaltado por cinco individuos con armas de fuego; que de acuerdo con la versión de Jorge Tapiero (Conductor Escolta) transcurrieron aproximadamente cinco minutos desde el momento en que el vigilante recibe los documentos, hasta que se escuchan golpes en las paredes que provenían del segundo piso (tesorería), por lo que el causante le preguntó al vigilante acerca de dichos sonidos, a lo que este le respondió no tener conocimiento y acto seguido un funcionario del cliente, sube las escaleras que conducen hacia la tesorería y al visualizar la criticidad de lo que ocurría, los asaltantes bajaron las escaleras y le propiciaron un disparo en la pierna izquierda, a su vez que hirieron al demandante quien se encontraba de espalda a la escaleras por donde descendían los asaltantes.

En similar sentido, el testigo Miguel Ángel Sierra quien fungía para la época de los hechos como Gerente Corporativo de Seguridad de la demandada señaló que el día del siniestro fue informado que, en una operación de recolección en el Éxito de Chía, en el momento en que la tripulación se estaba identificando para el ingreso al almacén, a la par, se

estaba produciendo un asalto o robo en la parte del segundo piso del Éxito en la tesorería; y que en el momento en que bajan los bandidos, se encuentran con el trabajador, quien estaba en la parte de abajo esperando que le dieran la autorización de ingreso, y el bandido se cruza con él y procede a dispararle causándole la muerte (fls. 79 da 82 el archivo 01).

Igualmente, en el aludido informe se dejó plasmado que, al momento de la selección, el trabajador, este contaba con la evaluación de competencias, que se realizó inducción en el cargo, que contaba con experiencia como reservista de primera clase y de cuatro años en la empresa *Risk & Solutions Group*, que había sido entrenado (introducción a la vigilancia, básico de vigilancia y seguridad privado, avanzado de vigilancia, curso básico para tripulante dado por la empresa en 2011, reentrenamiento de Escoltas en 2012, y dos ejercicios de polígono al año), que portaba chaleco antibalas y una escopeta hatsan calibre 12 comprada el 14 de octubre de 2012, y que se había efectuado estudio de la ubicación del punto.

Del mismo modo, se señaló que las causas del siniestro, que la seguridad del cliente no advirtió la amenaza en el centro del trabajo, y el trabajador tampoco se percató de la presencia de los delincuentes oportunamente o de peligro y no detectar signos de alerta -no hubo una reacción apropiada-; estableciéndose como control a implementar solicitar revisión al cliente de las medidas de seguridad del punto.

Posteriormente, la A.R.L. Sura en concepto del 29 de julio de 2013 sugirió como complemento al plan de acción de la empresa, lo siguiente: divulgación de lección aprendida; revisar junto con el cliente Éxito el protocolo de seguridad para la recolección y transporte de valores; solicitar al cliente Éxito la posibilidad de asegurar restricción al área de tesorería y ubicación segura de la tripulación mientras se realizaba la autorización de ingreso durante la actividad y retiro de los trabajadores de la demandada; y validar la eficacia de los temas de capacitación y entrenamiento dictados a los Conductores/Escoltas, específicamente en desarrollo de habilidades y competencias para actuar ante la presencia de posible asalto en la recolección de valores (fls. 71 y 72 del archivo 01).

Pues bien. De conformidad con la documental aludida no encuentra la Sala las omisiones que le endilga la parte actora, pues además que se encuentra consignado en el informe del siniestro que el empleador había realizado una evaluación de competencias a su trabajador, que le hizo inducción en el cargo, que verificó su experiencia como reservista de primera clase y de cuatro años en la empresa *Risk & Solutions Group*, que había efectuado entrenamientos y que el trabajador portaba chaleco antibalas y escopeta hatsan calibre 12 comprada el 14 de octubre de 2012, al plenario se allegaron las diversa documentación que da cuenta de las capacitaciones, reentrenamientos y actualizaciones que le fueron impartidas al trabajador para desarrollar la labor de vigilancia (archivo 07)

Aunado a ello, el testigo Miguel Ángel Sierra también dio cuenta de tales capacitaciones, de los exámenes psicofísicos que se realizaban anualmente, de los entrenamientos, de la dotación que portaba el causante el día del siniestro, así como advirtió que ante el suceso que se presentó, el causante debió estar en una posición defensiva para poder evitar cualquier amenaza, que el vehículo donde se transportaban contaba con un blindaje nivel 3 y comunicación Avantel, que cuando hirieron al trabajador el equipo de seguridad alertó a la tripulación y se llamó al cuadrante de la policía, y que la tripulación tomó una posición dentro del vehículo para reaccionar.

Por tanto, considera la Sala que la acción que generó el deceso del causante, tal y como lo advirtió la A Quo fue ajeno a lo que el empleador como un buen padre de familia podía evitar, pues tomó las medidas de prevención necesarias para una adecuada prestación del servicio del actor, siendo el siniestro una culpa exclusiva de un tercero, esto es, de aquellos delincuentes que se encontraban asaltando la tesorería del cliente de la demandada, Éxito, quien además para el momento en que arribó la tripulación, su guarda de seguridad, tampoco había advertido la situación que estaba sucediendo y, que a la postre, por una situación aparentemente fortuita generó el fallecimiento del causante.

Al respecto, CSJ SC4204-2021 tiene establecido que la culpa exclusiva de un tercero se desata cuando el hecho originario del daño «c-

“aparec[e] evidentemente vinculado [a un tercero] por una relación de causalidad exclusiva e inmediata [...]”.

Por otra parte y, en el argumento atinente a que por la extensa jornada laboral que podía laborar el demandante, este no tuvo una reacción adecuada frente al siniestro; respecto a lo que en la demanda se señala que, tal circunstancia repercutió directamente en la calidad de vida del trabajador, pues se alteraban sus ritmos biológicos, tenía alteraciones del sueño, insomnio, trastornos digestivos nerviosos, fatigas, e irritabilidad, lo que aumentaba su tensión y ansiedad; si bien de los comprobantes de folios 85 a 100 del archivo 01, se colige que era usual el pago de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, lo cierto es que no existe prueba alguna de la que se pueda colegir que, fueron tales circunstancias las que generaron o fueron un factor determinante en el suceso que generó el deceso del causante, por demás que como lo advirtió la A Quo el siniestro acaeció en horas de la mañana, 8:20 horas, y no obra constancia de las patologías que describe el demandante ni que previo a tal servicio, existiera algún tipo de fatiga, insomnio o alteración de su ritmo biológico.

En consecuencia, la Sala considera acertada la decisión de la A Quo al no encontrar que hubiere desatendido sus obligaciones legales, especialmente de prevención, por lo que, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia 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,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00534 -01.

Demandante: **CLAUDIA INÉS CELY.**

Demandado: **BRINK'S DE COLOMBIA S.A.**

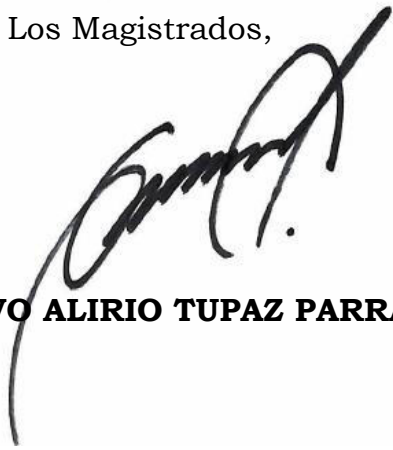
R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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

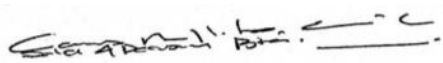
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00290-01.

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO COSSIO CIFUENTES.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** contra la providencia que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 31 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL ROSARIO COSSIO CIFUENTES** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o 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 PORVENIR S.A. devuelva los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, e intereses; y que COLPENSIONES reciba los valores aludidos.

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 05-001-2020-00290-01.

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO COSSIO CIFUENTES.**

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.

PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (archivos 07 y 09) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante, a través del fondo administrado por la sociedad demandada PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de los demás reclamos impetrados en la demanda.

SÉPTIMO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. dijo que si bien existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea e indiscriminada en todos los procesos; que la

demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria, suscribiendo el formulario de afiliación y una carta de haber recibido una asesoría veraz; que del acervo probatorio recolectado se puede encontrar una contradicción entre el dicho de la demandante y la información que tiene el fondo, sin que tales documentos fueran desconocidos por la parte actora; que incluso se le puso de presente que era beneficiaria del régimen de transición y aun así quería pensionarse con el fondo; que se está frente a un caso atípico, por lo que, no se podían aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia; que no tiene sentido de la devolución de rendimientos como consecuencia de la ineficacia de traslado, así como tampoco gastos de administración, seguros previsionales, monto a pensión de garantía de pensión mínima, pues se invirtieron en debida forma, y a la actora le conviene permanecer en el R.A.I.S., pues acreditó los requisitos para una pensión de garantía mínima; y que con la indexación se incurre en una doble condena, pues se ha condenado por concepto de rendimientos.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que, se demostró la información por parte de los fondos privados, y que la actora se afilió de forma libre y voluntaria; que la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición de traslado, puesto que le faltan menos de diez para años para pensionarse, incluso, ya cumplió la edad pensional; que se avizora una negligencia de la actora, pues sólo se preocupa de su futuro pensional *ad portas* de cumplir la edad requerida para pensionarse; que el caso no trata de una expectativa legítima para que resultara procedente la declaratoria de una nulidad o ineficacia traslado, pues no estaba dentro de una prohibición ni era beneficiaria del régimen de transición; que también existen obligaciones a cargo de los afiliados, como corroborar la información suministrada por el fondo privado; que la decisión descapitaliza al sistema de seguridad social, pues se deja en desventajas a los afiliados que están próximos a pensionarse.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00290-01.

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO COSSIO CIFUENTES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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:

¿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 01 de julio de 1995 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible a folios 24 a 29 del archivo 09; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 29 de abril de 2001 (fl.69 del archivo 07).

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 69 del archivo 07 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de abril 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 Cossio Cifuentes se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de abril 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 la demandante asegura que el asesor únicamente le informó que el I.S.S. se iba a acabar, que le dijeron que en PORVENIR S.A. todo sería exactamente igual que en el I.S.S. y que se podían pensionar antes de cumplir la edad; 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 las mismas razones, la carta s.f. visible a folio 70 del archivo 07, pues si bien se consignó que la actora recibió una asesoría amplia y suficiente, que conocía las implicaciones de su traslado, que era una persona beneficiaria del régimen de transición y que por lo mismo gozaba de un tratamiento especial; lo cierto es que, en dicha carta no se informa cuáles fueron las características de los regímenes pensionales que le fueron suministrados, las desventajas que le señalaron frente a su condición de beneficiaria del régimen de transición ni mucho menos las diferencias con el régimen de prima media, por lo que, resulta insuficiente para establecer de igual manera el cumplimiento del deber de información.

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, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se considera acertado que se hubiera ordenado a PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, rendimientos, bono pensional, gastos de administración, valores pagados a primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a pensión de garantía mínima bonos debidamente **indexados**.

En tal sentido únicamente se **MODIFICARÁ el numeral tercero**, en el sentido de DISPONER que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deben 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 cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00290-01.

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO COSSIO CIFUENTES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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 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. 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2020-00290-01.

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO COSSIO CIFUENTES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y 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 05-036-2021-00009 -01.

Demandante: **JAIRO ESPITIA SÁNCHEZ.**

Demandado: **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **JAIRO ESPITIA SÁNCHEZ** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 30 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido justa causa, de los periodos de vacaciones de 2015 a 2017, e indemnización moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 16 de diciembre de 2012 se vinculó con la demandada; **2)** El 11 de febrero de 2018 fue despedido sin justa causa y aduciéndose la terminación de un convenio con Bogotá D.C.; y **3)** Presentó reclamación administrativa, no obstante, la entidad negó su solicitud.

2. Respuesta a la Demanda.

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la fecha de vinculación del demandante y la presentación de la reclamación administrativa, así como la respuesta negativa que emitió.

Adujo que el contrato celebrado lo era a término fijo que finalizó el 15 de junio de 2013; que el 16 de junio de 2013 celebró con el demandante un contrato de obra o labor cuya actividad contratada fue la de operario de recolección y/o barrido, labor contratada que estaba supeditada a la vigencia del contrato interadministrativo No 1-07-10200-0809-2012, suscrito con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá –E.A.A.B.; que dicho contrato finalizó el 11 de febrero de 2018, por lo que, también se extinguió la obra para la que fue contratado el demandante; y que pagó la totalidad de acreencias laborales a su cargo.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que está demostrado que el actor se vinculó mediante contrato a término fijo el 16 de diciembre de 2012, que pasó a ser de obra o labor el 16 de junio de 2013; que se acreditó el hecho del despido, así como que la causa de este fue la expiración del contrato interadministrativo que tenía la demandada con Bogotá D.C.; que tal causal encuentra sustento en que el contrato interadministrativo aludido se extendió hasta el 12 de febrero de 2018; que se encuentra demostrado el pago de las vacaciones de 2015 a 2017; y que no es dable reconocer indemnización moratoria al no existir condena que imponer, por demás que las vacaciones no se trata de una prestación social.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** expuso que conforme sentencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se encuentra demostrada la terminación de la obra o labor, hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa; que por lo anterior y dado que no hay vigencia entre la terminación del convenio y del contrato, se debe pagar la indemnización correspondiente, teniendo en cuenta el acervo probatorio allegado.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable considerar que la obra o labor para la que fue contratada el demandante no se extinguió el 11 de febrero de 2018, y por ende, si hay lugar al reconocimiento u pago de una indemnización por despido sin justa causa?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

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, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y 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 del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

Al punto, encuentra la Sala que la terminación del contrato se justificó con la carta obrante a folio 12 del archivo 01, en donde se informó que *“en razón a la terminación del CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012 perteneciente al Proyecto Aseo, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del CST literal D, le informo que a partir de la finalización de la jornada laboral del día 11 de febrero de 2018, se dará por terminado en forma legal, el contrato de trabajo que por duración de la obra o por la naturaleza de la labor contratada tenemos suscrito con Usted”*.

De esta manera, la Sala acude al contrato de trabajo, en el que se avizora que el actor fue contratado a fin de que realizara las actividades determinadas para el cargo de Operario de Recolección y/o Barrido en desarrollo de la orden de prestación de servicios 1-07-10200-08009-2012 de 2012 celebrado con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP (fls. 28 y 29 del archivo 01).

Ahora bien, en el plenario, obra el contrato aludido, así como sus correspondientes prorrogas y/o modificaciones, y en estos se logra avizorar que, el contrato aludido finalizaría el 12 de febrero de 2018, por lo que sólo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2021-00009 -01.

Demandante: **JAIRO ESPITIA SÁNCHEZ.**

Demandado: **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

hasta el 11 de febrero de 2018 se siguieron ejecutando actividades por parte de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a favor de E.A.A.B., en virtud del contrato interadministrativo aludido (fls. 45 a 107 del archivo 04)

En un caso de similares características, CSJ SL3282-2019 reiterada en la CSJ SL1494-2022, estimó:

“la duración del contrato de trabajo estaba condicionada a la existencia del plurimencionado acuerdo interadministrativo, de modo que, contrario a lo que aduce la censura, la vigencia del primero se ató a la del segundo sin ningún tipo de condicionamiento adicional.

Además, dicha sujeción guarda relación con la finalidad del pacto interadministrativo, puesto que, se reitera, era transitoria para garantizar la continuidad del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, así como con el cargo de gerente de planeación y sistemas que desempeñaba el actor y la obligación de Aguas de Bogotá S.A. ESP de mantener las condiciones técnicas y operativas de tal actividad y optimizarlas.

[...] En este punto, la Corporación considera oportuno hacer dos precisiones. La primera, que la vigencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, conforme al artículo 45 *ibidem*, no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado (CSJ SL 39050, 6 mar. 2013). Por ello, cuando se acude a esta clase de contrato, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas o, en otros términos, que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada.

Tampoco es de recibo el argumento del *ad quem*, consistente en que la obra o labor contratada se debe limitar a la última prórroga vigente al momento en el cual se desvinculó al trabajador, toda vez que este no fue el alcance que le dieron las partes a la condición resolutoria, en la medida en que, como bien lo planteó el censor, las prórrogas del contrato no constituyen nuevos instrumentos, sino que suponen la continuación del mismo.

Siendo así las cosas, como quiera que el contrato de trabajo que unió al demandante con Aguas de Bogotá S.A. lo fue por la duración de la obra o labor determinada, y esta estuvo vigente al menos hasta el **12 de febrero de 2018**, entonces la indemnización por despido injusto correspondía al *lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada* con arreglo al artículo 64 del CST. Así las cosas, el fallador colegiado de instancia no tenía ninguna razón atendible para limitar el monto de dicha indemnización hasta el 31 de diciembre de 2014.

Por todo lo anterior, los cargos prosperan. En consecuencia, se casará la providencia impugnada, únicamente en cuanto calculó la indemnización por despido injusto solo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de extenderla hasta el 11 de febrero de 2018, atendiendo al alcance de la impugnación formulado (...) (Negrillas por la Sala).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2021-00009 -01.

Demandante: **JAIRO ESPITIA SÁNCHEZ.**

Demandado: **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

De esta manera, es claro que el precedente establecido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se encuentra en armonía con lo que señaló la juez de primera instancia, esto es, que el contrato de trabajo se extendió hasta el 11 de febrero de 2018 ante la extinción de la obra o labor contratada.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia 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. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2021-00009 -01.
Demandante: **JAIRO ESPITIA SÁNCHEZ.**
Demandado: **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Carlos Alberto Cortés Corredor
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$250.000.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00037 -01.

Demandante: **OSCAR ALEXANDER OVIEDO CASTRO.**

Demandado: **CONSTRUCCIONES URQUIJO S.A.S. 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **OSCAR ALEXANDER OVIEDO CASTRO** adelanta contra **CONSTRUCCIONES URQUIJO S.A.S., CONSTRUCCIONES EL FUTURO S.A.S., CONSTRUCCIONES EL NUEVO MILENIO S.A.S. y JUVENAL URQUIJO PÁEZ.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con JUVENAL URQUIJO PÁEZ del 21 de noviembre de 2011 al 31 de diciembre de 2018; y que posteriormente, existió diversas sustituciones de empleadores con CONSTRUCCIONES URQUIJO S.A.S., CONSTRUCCIONES EL FUTURO S.A.S. y CONSTRUCCIONES EL NUEVO MILENIO S.A.S.; que sus salarios eran los siguientes: 2011, \$4'151.288., 2012, \$4'151.288, 2013, \$4'316.509, 2014, \$4'406.292, 2015, \$4'525.262, 2016, \$4'661.020, 2017, \$4'965.850, y 2018, \$5'000.000; que no le pagaron en debida forma aportes

a seguridad social integral; y que le adeudan prestaciones sociales y vacaciones. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes en salud y pensión, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, intereses moratorios, y compulsa de copias a la U.G.P.P. por evasión y elusión frente al reporte y pago de los aportes al sistema de seguridad social integral.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Laboró para JUVENAL URQUIJO PÁEZ del 21 de noviembre de 2011 al 30 de junio de 2013, desarrollando funciones de Maestro de Obras Civiles. Posteriormente, del 01 de julio de 2013 al 01 de mayo de 2016 estuvo vinculado con CONSTRUCCIONES URQUIJO S.A.S., del 02 de mayo al 01 de diciembre de 2016 con CONSTRUCCIONES EL FUTURO S.A.S., del 02 de diciembre de 2016 al 30 de abril de 2017 con CONSTRUCCIONES EL NUEVO MILENIO S.A.S., del 02 al 30 de mayo de 2017 estuvo vinculado con CONSTRUCCIONES EL FUTURO S.A.S., el 31 de mayo de 2017 con CONSTRUCCIONES EL NUEVO MILENIO S.A.S., del 01 de junio de 2017 al 01 de julio de 2018 con CONSTRUCCIONES EL FUTURO S.A.S., y del 02 de julio al 31 de diciembre de 2018 con CONSTRUCCIONES EL NUEVO MILENIO S.A.S.; en dichas empresas el dueño y representante legal era JUVENAL URQUIJO PÁEZ; **2)** En dichos periodos le fueron pagados los aportes a seguridad social en salud y pensiones sobre el salario mínimo, pese a que los salarios que percibía eran superiores a tal monto; **3)** El empleador adicional al pago del salario que efectivamente recibía, consignaba en su cuenta bancaria, los montos equivalentes para el pago de salarios de otras personas que prestaban servicios personales a favor del empleador; **4)** Nunca le pagaron prestaciones sociales ni vacaciones; y **5)** El 30 de octubre de 2019 presentó reclamación administrativa; no obstante, a la fecha no se ha emitido ningún tipo de respuesta.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas (archivo 07), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptaron la presentación de una reclamación por parte del demandante el 30 de octubre de 2019.

Adujeron que únicamente tuvieron una relación con el padre del demandante, señor José Zenón Oviedo Buitrago, quien a nombre propio ha ejecutado contratos de prestación de servicios con ellos en diferentes tiempos y con solución de continuidad según los requerimientos técnicos que él ofrecía; que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 723 de 2013 el señor Oviedo Buitrago y sus contratistas no podían ingresar a las obras sin estar afiliados a seguridad social por parte del contratante, so pena de ser el responsable de las prestaciones económicas y asistenciales a que hubiere lugar, por tratarse de una labor de alto riesgo; y que el actor no tenía exclusividad, así como tampoco fue sujeto de subordinación.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que si bien se demostró que el actor prestó sus servicios a las demandadas de conformidad con el acervo probatorio, lo cierto es que se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, como quiera que el mismo demandante en interrogatorio señala que los servicios los prestaba como subcontratista, siendo el vocero, líder o contratista directo de las demandadas el señor José Zenón Oviedo; que aunado a lo anterior, el demandante hizo alusión a que era quien organizaba la gente, quien le pagaba, quien informaba la gente que necesitaba para las correspondientes obras y el dinero que percibía lo distribuía en las personas que le prestaban sus servicios; que lo anterior, fue corroborado por los testigos, quienes también dieron cuenta de un servicios autónomo e independiente; que en suma, no está demandado el señor José Zenón Oviedo quien podría ser visto como un intermediario entre la labor del actor y las demandadas; que las certificaciones son insuficientes para tener por establecida la relación laboral, puesto que no guarda coherencia con los hechos de la demanda y el interrogatorio de parte; y que la afiliación a seguridad social no es prueba suficiente para establecer una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00037 -01.

Demandante: **OSCAR ALEXANDER OVIEDO CASTRO.**

Demandado: **CONSTRUCCIONES URQUIJO S.A.S. Y OTROS.**

relación laboral, es apenas un mero indicio, lo que además encuentra su razón de ser en el Decreto 723 de 2013.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de 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 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 **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable considerar que entre las partes se existió un contrato de trabajo con las demandadas?

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.

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; por lo que, con independencia de que la parte actora hubiere consentido la celebración de un contrato civil, al ser considerada la parte débil de la relación laboral, sí aparecen acreditados tales presupuestos, se estará en presencia de un contrato de trabajo.

Descendiendo al caso, se encuentra que a folios 50 a 60 del archivo 01, en los que se da cuenta de aportes realizados por las demandadas al sistema de seguridad social; no obstante, dicha documentales no son la idóneas para demostrar tiempos de servicios, pues CSJ SL1783-2021 y CSJ SL4697-2021 ha manifestado *“que así como la historia laboral no prueba la existencia del contrato tampoco demuestra la calidad en que un funcionario presta sus servicios, pues las circunstancias que pueden rodear la afiliación al ISS y el pago de aportes no siempre corresponde a las realidades fácticas”*; lo que es conteste con lo dispuesto en CSJ Rad. 35.066 del 05 de febrero de 2009 reiterada en la CSJ SL3547-2020, en las que se ha expuesto que los

documentos que contienen la historia laboral y el formulario de afiliación no son plena prueba de que se labora como trabajador dependiente, no es indicativo suficiente para declarar la presencia de un vínculo contractual de carácter laboral, y que dicha inscripción no implica *per se* la celebración de un contrato de trabajo, ya que para ello se requiere de la voluntad de ambas partes y la concurrencia de los elementos esenciales previstos en el artículo 23 del C.S.T.

Igualmente, al plenario se allegaron pagos efectuados a nombre del actor por parte de las demandadas sin que de ello se pueda derivar las condiciones de modo, tiempo y lugar de la prestación del servicio (fls. 61 a 139 del archivo 01).

Así mismo, se avizora en el archivo 20 certificación emitida por la Jefe de Personal de CONSTRUCCIONES NUEVO MILENIO S.A.S. del 26 de julio de 2018, en la que se establece que el actor estaba vinculado a la empresa desde el 11 de enero de 2011 mediante contrato laboral a término indefinido desempeñando el cargo de Subcontratista de Estructura con una remuneración de \$5'000.000. Al respecto, se rememora frente a las certificaciones emitidas por el empleador que, en reiterada jurisprudencia CSJ SL14426-2014, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2600-2018 ha dicho que los hechos consignados en ellas, deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida.

Conforme a ello, sería del caso dar credibilidad a la certificación aludida sino fuera porque el mismo demandante en interrogatorio de parte brindó elementos que permiten tener tal documental por desvirtuado, pues además de manifestar que tal documento tenía como fin lograr un préstamo dio elementos que permiten establecer que era autónomo e independiente en su labor, tal y como lo señaló la A Quo; nótese como explicó que era quien organizaba la gente para la prestación del servicio para las obras, quien elegía el personal para la prestación de tales servicios y, quien le pagaba a cada uno de ellos.

Ciertamente, el demandante al rendir interrogatorio de parte manifestó que cuando estaba prestando sus servicios en la obra Valdivia le dijo a Paola (sic) que le diera una carta laboral para sacar un préstamo; que JUVENAL URQUIJO PÁEZ autorizó la carta laboral para poder sacar un crédito; que las consignaciones que le realizaban era por su trabajo, así como el de sus compañeros; que su sueldo era muy relativo y según el trabajo realizado; que tenía un grupo de trabajo en la obra, y con ellos cumplía las labores que le encomendaban; que si necesitaba más personal recomendaba a alguien; y que si necesitaba más personas para una obra, le decía a JUVENAL URQUIJO PÁEZ.

Lo dicho cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta los testimonios de José Zenón y David Oviedo, padre y hermano del actor, respectivamente; quienes fueron contestes en manifestar que trabajaban junto al demandante; que eran los encargados de pagar la nómina de las personas con las que trabajaban; que sólo lo que quedaba lo repartían entre los tres; que JUVENAL URQUIJO PÁEZ era quien pagaba la seguridad social porque él era el representante de la obra; que el señor Urquijo Páez no le daba órdenes a los trabajadores que estaban con ellos; que pagaban impuestos con sus hijos como una sociedad; que era el señor José Zenón Oviedo quien hacía los contratos con JUVENAL URQUIJO PÁEZ; que empezaban con cuatro o cinco personas y a medida que iba avanzando la obra incorporaban más gente a la obra; y que eran ellos que decidían cuánto se le iba a pagar a cada trabajador.

De esta manera, es claro que a la par que se acreditó un servicio por parte del demandante al servicio de las demandadas, se desvirtuó el elemento de la subordinación, puesto que se tanto el demandante al rendir interrogatorio de parte, como los testigos José Zenón y David Oviedo, quienes además son su padre y hermanos, manifestaron la calidad de contratistas que tenían, y que eran los encargados de coordinar todo el personal para el servicio que iban a prestar, quienes elegían a estos, y les pagaban a cada uno de ellos por su correspondiente labor; todo ello, en un marco de autonomía e independencia y, en el que las demandadas únicamente realizaban una contratación directamente con el señor José

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00037 -01.

Demandante: **OSCAR ALEXANDER OVIEDO CASTRO.**

Demandado: **CONSTRUCCIONES URQUIJO S.A.S. Y OTROS.**

Zenón Oviedo, únicamente supervisando los días que prestaban los servicios para efectuar los correspondientes pagos a su cargo.

De esta manera, considera la Sala que, no es dable considerar que se está frente a un contrato de trabajo, motivo por el que se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

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 02 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

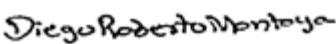
SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

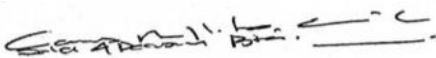
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2021-00037 -01.
Demandante: **OSCAR ALEXANDER OVIEDO CASTRO.**
Demandado: **CONSTRUCCIONES URQUIJO S.A.S. Y OTROS.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-040-2021-00040 -01.

Demandante: **MARLENYS CELIS HERNÁNDEZ.**

Demandado: **UNIVERSIDAD INCCA 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuesto por **ambas partes** contra la providencia que el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 09 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **MARLENYS CELIS HERNÁNDEZ** adelanta contra **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 19 de junio de 2008 al 31 de julio de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicita salarios dejados de percibir; prima extralegal de servicios y prima extralegal de vacaciones de julio de 2016 a julio de 2019; prima extralegal de antigüedad por los periodos del 19 de junio de 2008 al 19 de junio de 2011, 19 de junio de 2011 al 19 de junio de 2014 y del 19 de junio de 2014 al 19 de junio de 2017; auxilio de semana santa de marzo de 2016 a marzo de 2019; liquidación final de prestaciones sociales incluyendo como factor los conceptos comprendidos en el plan de beneficios; reliquidación de prestaciones sociales incluyendo como factor salarial los beneficios

comprendidos en el plan de beneficios; aportes a seguridad social del 01 de noviembre de 2018 al 30 de junio de 2019; la reliquidación de aportes al sistema general de seguridad social, incluyendo el plan de beneficios como factor salarial; indemnización moratoria; sanción por no consignación de las cesantías; indexación; intereses moratorios; y perjuicios materiales y morales.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Con la demandada existió un contrato de trabajo a término fijo del 19 de junio de 2008 al 18 de junio de 2009, el que se pactó como salario la suma de \$6'000.000; **2)** El 08 de mayo de 2009 se modificó la modalidad contractual, estableciéndose que era a término indefinido; **3)** El 03 de abril de 2019 presentó renuncia ante el incumplimiento de las obligaciones laborales de la demandada, no obstante, tal dimisión no fue tenido en cuenta y siguió prestando sus servicios; **4)** Mediante Resolución Rectoral N° 15 del 29 de mayo de 2019 fue designada en encargo como Vicerrectora General; encargo al que se le daría terminación a través de la Resolución Rectoral del 12 de julio de 2019; **5)** El 23 de julio de 2019 le fue comunicada la terminación del contrato de trabajo, por lo que el 31 del mismo mes y año dio entrega de su cargo y fue aceptada su renuncia; **6)** Durante la relación laboral desempeñó los cargos de Directora Financiera y Administrativa-Tesorería y Vicerrectora General; **7)** No le pagaron los salarios del 01 de noviembre de 2018 al 30 de junio de 2019; **8)** El salario devengando hasta octubre de 2018 fue la suma de \$10'765.508 en la modalidad de salario integral, y como Vicerrectora de \$14'000.000; **9)** En sesión extraordinaria del Claustro de Gobierno N° 3 del 29 de octubre de 2015, la universidad aprobó el plan de beneficios; no obstante, nunca le fue pagada ningún tipo de suma por los conceptos que allí se pactaron, especialmente, los que son objeto de pretensión en la demanda; **10)** Existían trabajadores con funciones similares pero que sí les era aplicado el plan de beneficios, como lo es la Directora de Recursos Humanos, Ingeniera Ingrid Garzón; **11)** El 03 de octubre de 2019 elevó derecho de petición, solicitando diversos documentos propios de la relación laboral, sin embargo, la respuesta emitida el 22 del mismo mes y año, es incongruente y no atendió puntalmente lo pedido; **12)** Por lo anterior, se interpuso acción de tutela, en la que se ampararía el derecho de petición y se ordenaría emitir respuesta

de fondo sobre la misma; no obstante, ante la falta de respuesta se inició desacato, lográndose respuesta hasta el 20 de enero de 2020; **13)** En los documentos entregados, la liquidación no se relacionaron los salarios ni los valores adeudados por concepto del plan de beneficios; **14)** El 28 de febrero de 2020 solicitó la aplicación del plan de beneficios, lo que se desató desfavorablemente el 11 de marzo del mismo año; **15)** El 03 de agosto de 2020 nuevamente hizo solicitud de documentos relacionados con el plan de beneficios, sin embargo, la universidad emitió respuesta desfavorable; **16)** La demandada ha omitido cumplir acciones de tutela referidas al cumplimiento de sus obligaciones como empleador, siendo por ello objeto de sanción por parte del Ministerio de Trabajo con una multa superior a los \$62'000.000; **17)** El 03 de abril de 2019, la universidad fue intervenida por el Ministerio de Educación; **18)** En octubre de 2019 el Ministerio de Educación suspendió al representante legal de la universidad y designó reemplazo, quien a la fecha no ha efectuado ningún tipo de pago a su favor; **19)** El actual representante legal ha sido renuente al pago de acreencias laborales a favor de trabajadores; **20)** Se han adelantado diversas acciones judiciales por parte de trabajadores de universidad a fin de lograr el reconocimiento de sus acreencias laborales; y **21)** El comportamiento irresponsable de la universidad le han generado perjuicios materiales y morales.

2. Respuesta a la Demanda.

UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA (archivo 11), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo que inició siendo a término fijo y fue modificado a término indefinido; extremo inicial de la relación laboral; la renuncia presentaba el 03 de abril de 2019 por la demandante; la designación en cargo de la demandante como Vicerrectora General y la terminación de este; el despido efectuado el 23 de julio de 2019, a partir del 31 del mismo mes y año; los cargos que desempeñó; la falta de pago de salarios del 01 de noviembre de 2018 al 30 de junio de 2019; que su salario a octubre de 2018 era de \$10'765.508; la aprobación del plan de

beneficios; la falta de pago de la liquidación final de prestaciones sociales, así como los valores de la demandante por concepto de plan de beneficios; las peticiones elevadas por la actora y la acción de tutela impetrada; la entrega de diversos documentos relativos al contrato de trabajo; la sanción impuesta por el Ministerio de Trabajo por el incumplimiento de obligaciones laborales, así como la remoción del representante legal y el nombramiento de uno nuevo por parte del Ministerio de Educación; y que diversos trabajadores han ejercido acciones judiciales en su contra.

Adujo que ha realizado todas las acciones posibles para efectuar el reconocimiento y pago de acreencias laborales a sus trabajadores; que adelanta una auditoría al pasivo laboral de los trabajadores actuales y retirados -750 personas-, a raíz de la inmersa crisis financiera que atraviesa desde el primer semestre de 2018; que sólo en razón de la intervención del Ministerio de Educación se ha realizado un direccionamiento operacional de la universidad en busca de su estabilidad misional y administrativa que garantice la prestación del servicio de educación, así como una respuesta oportuna a sus obligaciones financieras; que la crisis de la universidad se agudizó con el Covid-19; que siempre se le ha puesto de presente a la actora la crisis financiera que atraviesa; que a la demandante se le reconoció pensión de vejez al servicio de la universidad; que el salario que tuvo durante su encargo de Vicerrectora General fue la suma de \$10'156.146; que no obra en el expediente manifestación alguna de la demandante en el sentido de hacer parte del plan de beneficios, por demás que cuando fue Vicerrectora no le resultaba aplicable, pues están excluidos de esta, quienes prestan servicios de representación; que dio respuesta a la demandante de las diferentes peticiones que elevó; que fue decisión de la actora, luego de su renuncia de abril de 2019, seguir trabajando; y que ha actuado de buena fe, pues ha desplegado diversas acciones para lograr su estabilidad administrativa y financiera, lo que la ha imposibilitado materialmente a realizar pagos oportunos por concepto de salarios y prestaciones sociales, se encuentra en curso en una situación de fuerza mayor.

3. Providencia Recurrida.

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

Demandante: **MARLENYS CELIS HERNÁNDEZ.**

Demandado: **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA.**

PRIMERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción denominada inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y no probados los demás medios exceptivos formulados, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR a la Universidad Incca de Colombia a pagar en favor de la demandante, los siguientes conceptos las sumas de dinero:

- Salarios Insolutos \$84.905.340,00
- Compensación por vacaciones \$11.494.849.00

TERCERO: CONDENAR a la Universidad Incca de Colombia a pagar en favor de la demandante, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, generada desde el 1° de agosto de 2019 y hasta el 1° de agosto de 2021, teniendo como salario la suma de \$10.765.508,00, es decir, \$358.850,27 diarios, para un total de \$258.372.192,00; y desde el 2 de agosto de 2021 el valor de los intereses moratorios a la tasa máxima establecidos por la superintendencia Financiera de Colombia respecto de las prestaciones sociales insolutas (Cesantías – Primas de Servicio – Intereses a las Cesantías), si a ello hubiere lugar, hasta que se verifique su pago.

CUARTO: CONDENAR a la Universidad Incca de Colombia a pagar ante Colpensiones el pago de los aportes en mora respecto de la demandante por los periodos 2019-02 a 2019-06, junto con el correspondiente pago de intereses, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios como lo consagra el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en el salario mínimo integral establecido para cada uno de esos periodos.

QUINTO: CONDENAR a la a Universidad Incca de Colombia a pagar en favor de la demandante la indexación respecto de las sumas reconocidas en los numerales que anteceden en lo que tiene que ver con Salarios Insolutos y Compensación por vacaciones.

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

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada en favor de la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de tres salarios mínimos mensuales legales vigentes

Para arribar a la anterior decisión señaló que no existió controversia en cuanto a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales; que no se encuentra demostrado que la demandante se hubiera acogido al plan de beneficios de la universidad; que se logró interrumpir el fenómeno de la prescripción, pues la exigibilidad de los derechos laborales que se están solicitando data del 01 de noviembre de 2018 y se demandó el 30 de abril de 2021, por lo que, no había transcurrido el término de tres años; que frente a la liquidación final de prestaciones sociales únicamente se hace alusión a la falta de pago de vacaciones al percibir un salario integral, por lo que, es dable efectuar su reconocimiento; que la demandante aceptó la falta de pago de salarios desde noviembre de 2018, por lo que es dable ordenar su reconocimiento; que no hay lugar a reajuste alguno por concepto de salarios y prestaciones sociales, dado que no se acreditó que la demandante era beneficiaria del plan de beneficios; que se ordena el

reconocimiento de aportes a pensiones de aquellos frente a los que no se demostró su pago; que no se evidencian excusas razonables o atendibles para considerar que el empleador actuó de buena fe, ni se puede establecer que su actuar fue consecuencia de un acto de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que la situación económica y financiera de la universidad no la exonera de la sanción moratoria; que no hay lugar a sanción por no consignación de las cesantías, pues la actora devengaba salario integral; que se debe reconocer las condenas debidamente actualizadas; y que no se acreditó ningún tipo de perjuicio material y moral, por demás que los primeros se encuentran insertos en la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

4. Argumentos de los Recurrentes.

La **parte actora** expuso que, hay lugar a las acreencias derivadas del plan de beneficios, en la medida que, la demandante no tuvo la oportunidad de acceder a este, pues la universidad fue restrictiva con la oferta del mismo.

Por su parte, la **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** señaló que el salario tiene retenciones, por manera que, el valor que registra la universidad es de \$10'156.146; que es improcedente la sanción moratoria, como quiera que esta no opera de forma automática, debe verificarse si operó buena fe, lo que se encuentra acreditado en el caso, como quiera que, la entidad ha estado en una situación de crisis económica y financiera, no cuenta con ingresos suficientes para suplir los pasivos, por demás que se encuentra intervenida por el Ministerio de Educación desde abril de 2019, tienen un inspector *in situ*; que no es dable el reconocimiento de costas, pues siempre ha actuado con apego a las normas y la buena fe, misma razones por las que señala que no hay lugar a indexación ni intereses moratorios; y que existe incompatibilidad entre la indexación y la indemnización moratoria.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 considerar que la demandante es beneficiaria de algún plan de beneficios de la universidad demandada?, ¿es acertado el valor del salario sobre el que se impuso las correspondientes condenas?, ¿es posible derivar de la situación económica y financiera de la accionada, buena fe, y por ende, absolver por concepto de indemnización moratoria?, de ser el caso, ¿existe incompatibilidad entre la condena por concepto de indexación e indemnización moratoria? y, ¿es acertado el reconocimiento de costas e intereses moratorios?

Tesis

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

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

Plan de Beneficios. Calidad de Beneficiaria de la Demandante.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico no prohíbe a los empleadores reconocer a sus trabajadores diversos beneficios a través de planes, con la intención de motivarlos, recompensar su labor, mejorar el clima laboral, aumentar la productividad, generar su crecimiento profesional, entre otras.

Al respecto, avizora la Sala que el plenario el plan de beneficios a folios 53 a 60, el cual en su artículo 1° establece:

“Artículo 1. Plan de Beneficios. Este Plan de Beneficios otorgado por la Fundación Universidad INCCA de Colombia, fue aprobado en la sesión extraordinaria del Claustro de Gobierno No. 3 del 29 de octubre de 2015, previa recomendación de la Junta Administradora en sesión del 29 de octubre de 2015, que consta en el Acta No.1 de esa fecha y constituye parte integrante de los contratos individuales de trabajo de quienes voluntariamente se adhieran a él, ya sea que pertenezcan al personal administrativo, que haya suscrito con la Universidad, contrato a término indefinido o a término fijo y que preste servicios en las jornadas laborales, de medio tiempo o de tiempo completo. **Parágrafo 1.** El Plan de Beneficios se modificará en cualquier tiempo, por parte de la Universidad con el objeto de garantizar como mínimo, la igualdad de derechos para el personal definidos en este artículo. **Parágrafo 2.** La universidad analizará si se requiere un tiempo de permanencia para quienes se adhieran al Plan de Beneficios luego de haberse retirado de él. **Parágrafo 3.** El Plan de Beneficios tendrá una duración de 3 años prorrogables. **Excepciones:** Los docentes de hora cátedra y/o denominados de tiempo parcial, sea cual sea, el tipo de contrato que hayan suscrito con la Universidad, están exceptuados de la aplicación de este Plan de Beneficios y por ende, no pueden adherirse a él, al igual que quienes desempeñen cargos de representación de la Universidad, como el Representante Legal, el Rector y el Vicerrectores.”

De la lectura del artículo trasunto es claro que el Plan de Beneficios sólo se entiende incorporado al contrato de trabajo cuando el trabajador voluntariamente se adhiera a él, por lo que, ciertamente, para determinar el carácter de beneficiario de la demandante del mismo, le correspondía a la parte actora demostrar que se adhirió al pacto; no obstante, y ante la falta de prueba de tal acto, recuérdese que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, no es dable considerar a la demandante beneficiaria del plan de beneficios.

En cuanto a la manifestación del apoderado de la parte actora relativa a que la demandante no tuvo la oportunidad de acceder a este, pues la universidad fue restrictiva con la oferta del mismo, la Sala no encuentra prueba que soporte tal afirmación, pues contrario a ello, la testigo Dora Patricia Jiménez Carreño dio cuenta de haber recibido beneficios del plan de beneficios y que ella tenía entendido que los trabajadores no sindicalizados podían ser beneficiarios del mismo.

Salario. Retención en la Fuente.

En el caso en estudio, no existe controversia en la falta de pago de los salarios correspondientes a noviembre de 2018 a junio de 2019; sin embargo, aduce la demandada que el salario de la demandante era la suma de \$10'156.146 pues no se debe tener en cuenta lo declarado por retención en la fuente.

Al respecto, es menester tener en cuenta que frente al año 2018, el juzgador de primera instancia tomó como monto para liquidar la suma de \$10'156.146, por lo que, en tal sentido no sería dable reajuste alguno, pues es el mismo valor que aduce la demandada en su recurso. En cuanto al valor de 2019, el A Quo tuvo en cuenta la suma de \$10'795.508, frente a lo que basta con observar los comprobantes de nómina, así como la liquidación del contrato de trabajo visible a folios 13 a 15 y 75 del archivo 04 para determinar que dicho rubro era su salario en la anualidad en estudio.

De esta manera, es claro que el A Quo no erró en cuanto a los salarios que debía tener en cuenta para liquidación de los salarios insolutos, no siendo dable considerar que su salario era inferior, pues se debía pagar retención en la fuente. Ello, por cuanto se rememora que, CSJ Rad. 46150 del 24 de septiembre de 2014, reiterada en CSJ Rad. 51289 del 15 de abril de 2015, ha fijado como línea mayoritaria la improcedencia de la devolución efectuada por tales rubros a cargo de los empleadores, pues por tratarse de una cuestión de índole tributaria representa un supuesto ajeno a la actividad de conocimiento del juez del trabajo en los términos dictados por el artículo 2 del C.P.T. y de la S.S.

En consecuencia, y no existiendo controversia adicional sobre los salarios insolutos, la sentencia se confirmará en tal sentido.

Indemnización Moratoria.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y se encuentra consagrada en el

inciso 1° del artículo 65 del C.S.T., y consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción moratoria, 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 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 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).

Frente a la situación de insolvencia del empleador, CSJ Rad.37288 del 24 de enero de 2012, Rad. 37288, ha señalado que no se puede interpretar la grave situación de una empresa, e inclusive, que entre en reorganización, como si se estuviera frente a un proceso de liquidación, y que por ende, genere un estado de fuerza mayor para que le empleador se abstenga del efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la finalidad de los dos primeros escenarios es totalmente opuesto a la de liquidación, en tanto que la última busca ponerle fin a la empresa, mientras que la primera es un mecanismo para salir de la crisis económica a fin de evitar la liquidación de la empresa.

En igual sentido, CSJ SL3159-2019 que reiteró la de CSJ Rad. 49024 del 04 de diciembre de 2013, se determinó que:

Demandante: **MARLENYS CELIS HERNÁNDEZ.**

Demandado: **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA.**

“En el caso debatido surge que los argumentos que destacó el ad quem para no imponer la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello, menos cuando el artículo 28 del CST impone que «[...] el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas», de forma que, siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción, no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo, tal como por demás, ya se ha dicho por esta corte en la sentencia CSJ SL912-2013.

En tal medida, al exonerar de la sanción prevista en el artículo 65 del CST, por tales motivos, el tribunal incurrió en las infracciones fácticas que se le imputan (...).”

Sin embargo, sobre este caso puntual, CSJ SL1595-2020 señaló:

“No se discute y se tiene por probado que: i) El actor prestó sus servicios a la empresa Odín Energy Santa Marta Corporation SA, hasta el día 1 de noviembre de 2011, cuando renunció a su cargo; ii) que a la fecha de la presentación de la demanda no se le había pagado por parte de la accionada el valor de la liquidación y; iii) que la compañía se encuentra en proceso de reorganización empresarial, al cual se le dio apertura mediante auto del 17 de octubre del 2012, por parte de la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en la Ley 1116 de 2006.

Por su parte, tal como se expresa en la acusación, le bastó ello al Tribunal para encontrar que el estado de insolvencia de la empleadora era una justificación para liberarla de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto la interpretación errónea que le endilga el censor al ad quem, se hace patente en el siguiente aparte de la sentencia enjuiciada:

*[...] la empresa demandada se acogió al régimen de insolvencia y está sometida a un proceso de reorganización, **lo cual en principio impediría la aplicación del artículo 65 del CST, el cual, no es aplicable a personas naturales ni jurídicas que se encuentren acogidas al régimen de insolvencia**, en razón de que representa una sanción para el empleador que ha incumplido obligaciones que ha debido satisfacer a la terminación de la relación laboral; ello tiene su razón de ser porque **la iliquidez, insolvencia o crisis económicas son circunstancias ostensibles y justificativas de la cesación de pago** que en tiempos normales de estabilidad financiera no tendría excusas. (Destaca la Sala).*

*Lo que se observa en el juicio jurídico del juzgador de alzada, es que asume que el proceso de reestructuración de la empresa demandada, impide la aplicación del artículo 65 ibidem, o que, su insolvencia o crisis financiera, explica la cesación de pago de salarios y prestaciones sociales, cuando, contrario a ello, lo que ha sostenido la Corte es que el recto entendimiento de la norma exige que es preciso analizar la conducta asumida por el deudor **al momento de la finalización del contrato de trabajo**, en aras de verificar*

si existieron razones serias y atendibles que justificaran su omisión y lo coloquen en el terreno de la buena fe.

De antaño ha sido criterio constante en las decisiones de la Sala, que en principio los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria, y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva. Así quedó plasmado en la sentencia CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012, en la que, sobre el tema, se sostuvo lo siguiente:

Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe.

Verbigracia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, esta Sala asentó:

“LA INDEMNIZACION MORATORIA Y SUS EXIMENTES:

Con arreglo al artículo 65 del C.S.T si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos en que la ley o el convenio lícito de las partes autoricen retención, a éste corresponde el derecho de percibir un día de salario por cada día de retardo a título de indemnización.

En caso de que este derecho indemnizatorio sea reclamado por vía judicial, la jurisprudencia ha precisado que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe exonerar al patrono.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos.

Como ejemplo típico de buena fe puede mencionarse que el patrono haya estado convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía tales características externas de independencia que la ubicaban en una zona gris respecto del elemento de subordinación. También es dable citar la hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

Debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante de los llamados salarios caídos, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor. En estos eventos el obligado no desconoce su compromiso, sino que alega insuperables hechos impositivos de su cumplimiento. Verbigracia, si el

empresario, a punto de efectuar el pago final de los derechos de determinados trabajadores, no lo puede hacer porque un incendio imprevisto, imprevisible e irresistible consume el dinero destinado a la cancelación, por obvios motivos no debe responder por la demora razonable en volver a conseguir los respectivos medios de pago.

Desde luego, si se pretende alegar fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral y particularmente como eximentes de la indemnización moratoria, han de aparecer comprobados los requisitos de la figura, vale decir que el hecho no sea imputable al deudor, que sea irresistible en el sentido de que el empleador no haya podido impedirlo y quede en imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a tiempo, y que el hecho haya sido imprevisible, esto es, que el obligado no haya podido precaver su ocurrencia, de acuerdo con las circunstancias del caso.

LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMIENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

*De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso **deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional**, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art 333)". (Subraya y destaca la Sala).*

En la misma dirección se pronunció la Corporación en la sentencia CSJ SL16884-2016, en la que se adocrinó:

Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es

mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).

En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.

Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adocinado que:

[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y debido a contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493).

También se alude en dicho proveído, a otro de los tópicos que fue objeto de reproche por el recurrente, que refiere, precisamente, que el juez de la apelación incurrió en un yerro ostensible, por no analizar la conducta de la empleadora al momento en que terminó el nexo contractual, sino, fundado en hechos ocurridos posteriormente – apertura del proceso de reorganización el 17 de octubre de 2012 (once meses después del finiquito del contrato de trabajo)–.

Sobre este particular se dice en la mencionada providencia, lo siguiente:

De acuerdo con lo dicho, el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva, que excluya automáticamente la imposición de la indemnización moratoria. En ese sentido, si se prescinde de manera mecánica de la sanción, sin evaluar las condiciones particulares de cada caso, se propicia una interpretación errónea de la norma, que, como ya se analizó, no admite reglas absolutas ni esquemas preestablecidos. Adicionalmente, entre otras cosas, el juez está obligado a analizar si la reestructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas y, en todo caso, si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite.

En el presente asunto, el Tribunal verificó que la demandada no había efectuado la consignación de la cesantía de los demandantes correspondiente a los años 2003, 2004, 2005 y 2006, y que, de conformidad con el certificado de existencia y representación, se había sometido a un proceso de reestructuración desde el 26 de agosto de 2003. Asimismo, con vista en esas premisas, sin argumentos adicionales, concluyó que:

[...] Nada dijo el Tribunal en torno a la conducta de la demandada, específicamente en el momento en el que tenía que consignar la cesantía, ni respecto del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el trámite de la reestructuración y, en términos generales, de su comportamiento en las condiciones particulares del caso.

De acuerdo con lo anterior, al Tribunal le bastó con verificar que la sociedad demandada se había sometido a un proceso de reestructuración y, sin más, infirió que la indemnización moratoria resultaba improcedente. Tras ello, efectivamente incurrió en los errores jurídicos denunciados por la censura en el primer cargo, pues generalizó las reglas relativas a la buena fe del empleador en situaciones de recuperación económica y, a la postre, excluyó de manera automática la imposición de la indemnización moratoria.

Además de lo anterior, desde el punto de vista fáctico, propio del segundo cargo, de acuerdo con las certificaciones obrantes a folios 5, 9, 13, 27, 31, 37, 43, 56, 71, 85, 91, 102, 105 y 110, la cesantía adeudada a los recurrentes [...] incluía la del año 2002, que debió ser consignada a más tardar el 15 de febrero de 2003, es decir, antes de que se iniciara el proceso de reestructuración. En dicha medida, el impulso de ese trámite de reactivación económica no constituía una excusa válida para haber dejado de pagar obligaciones causadas con anterioridad, como se explicó, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288, anteriormente reseñada, y al no advertirlo así el Tribunal, incurrió en los errores de hecho segundo y terceros denunciados por la censura.

[...] Ahora bien, nadie niega la legitimidad de propiciar medidas tendientes a la recuperación económica de la empresa, pero tal situación no puede ir en contra de los derechos mínimos de trabajadores que, en términos proporcionales, en este caso particular, no representaban riesgo alguno para la estabilidad económica. Por lo mismo, el hecho de que no se hubiera podido realizar la venta de los equipos e instalaciones no le puede ser opuesto a los trabajadores, más aún cuando la empresa asumió de buena fe el compromiso de cancelar, entre otras, las acreencias laborales, dentro del proceso de reestructuración.

Por todo lo dicho, el Tribunal incurrió también en los yerros fácticos denunciados por la censura en el segundo cargo, pues no advirtió que varias de las deudas por cesantía eran anteriores al inicio del trámite de reestructuración y que, de cualquier manera, durante ese proceso el empleador no había cumplido con los compromisos que había adquirido, de manera que no podía ser ubicado dentro del terreno de la buena fe, máxime si se tiene en cuenta que sus activos y patrimonio eran considerablemente superiores a la deuda adquirida con los trabajadores por cesantía [...].”

De esta manera, encuentra la Sala que la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA si bien no puede acogerse a la Ley de insolvencia empresarial, si está haciendo algo similar a la reorganización empresarial y en la actualidad está siendo intervenida por el Ministerio de Educación Nacional

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-040-2021-00040 -01.

Demandante: **MARLENYS CELIS HERNÁNDEZ.**

Demandado: **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA.**

a través de una medida de inspección y vigilancia a través de la Resolución No. 003503 del 02 de abril de 2019, mediante la cual se impusieron medidas tendientes a vigilar permanentemente a la universidad, mientras subsistan las situaciones que originaron las medidas, la gestión administrativa y financiera.

Entonces, se puede concluir que la universidad demandada tiene una medida de inspección y vigilancia por parte del órgano encargado de vigilarlo, quien decidió imponer el Representante legal con fin de organizar su situación financiera y administrativa, en miras a que, en un mediano y largo plazo, pueda captar recursos y pagar la totalidad de sus deudas, incluidas el pasivo laboral.

Así las cosas y, en virtud de la intervención realizada por el Ministerio de Educación Nacional a través de la medida de inspección y vigilancia plasmada en la Resolución No. 003503 del 02 de abril de 2019, sólo desde dicha fecha se puede entender eximida de la moratoria. Además, con anterioridad a esta data no es posible establecer la crisis financiera que atravesó la demandada, pues en la contestación se hace un análisis gráfico sobre los porcentajes de disminución académica, empero, ello no logra acreditar de manera certera y fehaciente que la Institución no efectuó el pago de emolumentos laborales al actor por motivos ajenos a su actuar.

De esta manera, sería dable reconocer la indemnización moratoria hasta el 02 de abril de 2019, sino fuera porque la relación objeto de debate finiquitó en julio de 2019, por lo que se **REVOCARÁ el numeral tercero** de la sentencia y, en su lugar, se ordenará el pago de las condenas debidamente **indexadas**, pues en todo caso se han visto sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el paso del tiempo.

Lo expuesto tuvo como base la sentencia del 28 de abril de 2023, con ponencia del Dr. Diego Roberto Montoya Millán dentro del proceso con radicado 110013105032202100435-01.

Costas Primera Instancia.

En lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA se considera que es esta debe asumir tal carga, por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

Finalmente, no se hace necesario el estudio de la incompatibilidad de la indemnización moratoria con la indexación, así como tampoco si había lugar al pago de intereses moratorios por sustracción de materia, pues fue revocada la condena por sanción moratoria.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas 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 el numeral tercero** de la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA del reconocimiento y pago de **indemnización moratoria**, y se **CONDENA** a que pague las condenas debidamente **indexadas** al momento de hacerse efectivo su pago.

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

TERCERO. – Costas a cargo de la parte actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-040-2021-00040 -01.
Demandante: **MARLENYS CELIS HERNÁNDEZ.**
Demandado: **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA.**

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

AUTO

Se señala a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00090 -01.

Demandante: **JAIRO MODESTO TORRES MORALES.**

Demandado: **U.G.P.P.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **U.G.P.P.** contra la providencia que el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 02 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **JAIRO MODESTO TORRES MORALES** contra el recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende el restablecimiento, liquidación y pago de la mesada catorce o adicional de junio causadas desde el 11 de octubre de 2008, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Laboró en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, finiquitando tal relación laboral el 27 de junio de 1999; **2)** Adquirió su pensión convencional una vez fue despedido, motivo por el que a partir del 11 de octubre de 2008 se hizo exigible su pensión, esto es, cuando cumplió la edad de 55 años; **3)** Mediante Resolución 128 del 02 de febrero de 2009 el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, le

Demandante: **JAIRO MODESTO TORRES MORALES.**

Demandado: **U.G.P.P.**

reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 11 de octubre de 2008, con una primera mesada pensional equivalente a \$1'110.095,92 que equivale al 75% del salario promedio del último año de servicios; igualmente, se ordenó mesada adicional de junio; **4)** Unilateralmente el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia dejó de pagar la mesada catorce; y **5)** Agotó reclamación administrativa.

2. Respuesta a las Demandas.

U.G.P.P. (archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Adujo que existe carencia actual de objeto, como quiera que la mesada catorce ya fue reconocida mediante Resolución 128 del 02 de febrero de 2009; que el actor demandó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en proceso con radicado 110013105009200100911-00, por lo que, debe verificarse la ocurrencia del fenómeno de la cosa juzgada; que conforme al Acto Legislativo 01 de 2005 sólo son acreedores de la mesada catorce las personas que hayan adquirido su estatus pensional antes del 31 de julio de 2011 y perciban una pensión inferior a tres salarios mínimos, sin embargo, la prestación reconocida al actor es superior a dicho monto; y que la pensión del demandante es compartida con la que tiene en COLPENSIONES.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. CONDENAR a la U.G.P.P. a reconocer y pagar al actor las mesadas adicionales causadas a partir del 29 de octubre de 2016, así:

- 1.** \$2'847.444,04 por concepto de la mesada adicional de junio de 2017.
- 2.** \$2'963.904,50 por concepto de la mesada adicional de junio de 2018.
- 3.** \$3'058.156,66 por concepto de la mesada adicional de junio de 2019.

Asimismo, se condenará al pago de las mesadas adicionales que se causen en lo sucesivo, advirtiendo que las condenas impuestas deberán ser indexadas desde el momento de su causación hasta el momento de su pago efectivo de conformidad con el I.P.C. certificado por el D.A.N.E.

SEGUNDO. DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probada las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

Demandante: **JAIRO MODESTO TORRES MORALES.**

Demandado: **U.G.P.P.**

TERCERO. COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$1'500.000, de conformidad con el Acuerdo PSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no existe controversia en cuanto a la calidad de pensionado del actor desde el 11 de octubre de 2008; que la prestación reconocida fue en virtud de una convención colectiva de trabajo, en la que se estableció que la prestación se causaba con el tiempo de servicios y el despido del trabajador; que por lo anterior, la edad era un mero requisito de exigibilidad, por lo que, se entiende que la prestación se causó cuando terminó el contrato de trabajo del actor, esto es, el 27 de junio de 1999, calenda anterior a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005; que así las cosas, le corresponde al demandante catorce mesadas; que las mesadas causadas con anterioridad al 21 de octubre de 2016 se encuentran prescritas, ya que, se presentó reclamación hasta el mismo día y mes de 2019; y que al estar la pensión convencional a cargo del empleador, le corresponde a este asumir el valor de la mesada adicional, aun cuando operó el fenómeno de la compartibilidad,

4. Argumentos del Recurrente.

U.G.P.P. señaló que si bien la demandante es beneficiaria de una pensión convencional, no se avizora que dentro de los beneficios de esta se encuentre el beneficio de una mesada catorce; que con el Acto Legislativo 01 de 2005 se estableció que no podían recibir más de trece mesadas las personas que causen su pensión en vigencia de tal norma; que al actor desde la Resolución 128 de 2009 se le reconoció la prestación de forma indexada, superando la mesada la suma de tres salarios mínimos; y que no es dable imponer costas, puesto que en principio de la buena fe no debió ser objeto de condena.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a

Demandante: **JAIRO MODESTO TORRES MORALES.**

Demandado: **U.G.P.P.**

las partes para alegar, el que fue utilizado por U.G.P.P. 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:

¿Hay lugar al restablecimiento de la mesada adicional de junio a favor del demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Mesada Catorce.

La mesada catorce o mesada de junio, fue creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 142. Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º.) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los 30 días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996”.

No obstante, con la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el reconocimiento de la mesada catorce quedó supeditada a que la causación de la prestación fuera anterior al 31 de julio de 2011, y que el monto fuera equivalente o inferior a tres salarios mínimos.

En todo caso, sobre el tópico es necesario rememorar que CSJ Rad.64736 del 03 de diciembre de 2014, Rad. 64736, reiterada en CSJ Rad. 57638 del 17 de junio de 2015 y CSJ SL4517-2020, entre otras, ha expuesto que cuando una pensión se causa con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, se debe respetar el derecho a percibir catorce mesadas, por cuanto el inciso 9° del artículo 48 constitucional es claro en cuanto a que, en materia pensional se deben respetar los derechos adquiridos; y que si es la entidad empleadora la que venía reconociendo la pensión, esta es la que debe asumir el pago de tal prestación, puesto que esto hace parte del mayor valor, el que está obligado a asumir, por efecto de la compartibilidad pensional.

Descendiendo al caso en concreto, se encuentra que al demandante se le reconoció mediante Resolución 128 del 02 de febrero de 2009 pensión de jubilación de conformidad con el artículo de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, a partir del 11 de octubre de 2008 con una mesada de \$1'982.241,16 (fls. 4 a 8 del archivo 01).

Ahora bien, al plenario se arrimó la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y SINTRACREDITARIO, la que establece en el artículo 41:

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN REQUISITOS.

A partir A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieran dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a

Demandante: **JAIRO MODESTO TORRES MORALES.**

Demandado: **U.G.P.P.**

un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados, la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha Ley.

PARÁGRAFO 1o. *El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución (...).*

Así las cosas, el entendimiento que se logra deducir del párrafo de la norma en estudio, es que los trabajadores que se retiren del servicio antes del cumplimiento de la edad, esto es, 55 años, tienen derecho a la pensión de jubilación, siempre y cuando hayan cumplido 20 años de servicios, por lo que edad, es un mero requisito de exigibilidad tal y como lo dispuso la A Quo.

Sobre el alcance de dicha disposición convencional, CSJ SL5030-2019 y CSJ SL2297-2021 dijo:

“(...) la intelección de este artículo 41, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística consiste en que: i) se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es decir, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y iii) que el disfrute o goce de la prestación se configura, cuando el ex trabajador arriba a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Demandante: **JAIRO MODESTO TORRES MORALES.**

Demandado: **U.G.P.P.**

En similar sentido, esta Corporación en la sentencia CSJ SL526-2018, puntualizó:

[...] en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...] Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

[...] Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador”.

Conforme al precedente trasunto, se considera que le asiste razón al juzgador de primera instancia en establecer que la pensión que se causó al momento en que se acreditaron los 20 años de servicios y se efectuó la terminación del vínculo contractual, esto es, 27 de junio de 1999; calenda anterior a lo dispuesto a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005 y que, por ende, debió reconocerse en catorce mesadas.

En cuanto a la observación atinente a que la convención colectiva de trabajo no contenía el reconocimiento de catorce mesadas basta con recordar que Conforme dispone el artículo 467 del C.S.T, la convención colectiva de trabajo tiene como fin el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y de empleo, las que deben tener como fin mejorar la calidad de vida, la formación y la igualdad entre trabajadores (CSJ SL16811-2017); en consecuencia, dichos acuerdos no pueden desmejorar las condiciones que

por ley gozaba el trabajador, de modo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 que extendió el beneficio de la mesada de junio a todos los trabajadores tanto del sector público, como privado, no puede entenderse que al no contemplar la convención tal beneficio, esta no se podía reconocer.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia en cuanto al reconocimiento de la prestación.

Prescripción, valor del retroactivo e indexación.

En cuanto a la prescripción, ciertamente advierte la Sala que, dicho fenómeno acaeció, pues pese a que se reconoció la pensión con la Resolución 128 del 02 de febrero de 2009, no se reclamó dentro de los tres años de que trata los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 y 489 del C.S.T.; sólo se solicitó la prestación el 29 de octubre de 2019, demandándose el 18 de febrero de 2021 (fls.13 y 109 del archivo 01), por lo que operó el fenómeno en estudio frente a las mesadas con anterioridad al 29 de octubre de 2016. En tales condiciones, le asiste razón a la A Quo en cuanto a que las mesadas de junio a reconocer son las que se causaron con posterioridad a la última calenda aludida.

En cuanto al valor de las mesadas de 2017 a 2019 al plenario se allegó constancia de los pagos efectuados por concepto de mesada pensional a la demandante (fls. 9 a 12 del archivo 01). En dicho documento consta que, el valor de la mesada de 2017 era de \$2'847.444,04, de la de 2018, \$2'963.904,50 y de la 2019, \$3'058.156,66; mismos valores que dispuso la A Quo, por lo que se confirmará, así como la condena de las mesadas de junio que se causen con posterioridad.

Indexación.

A favor del actor se deben pagar las mesadas pensionales debidamente indexadas, al verse estas sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Lo dicho, de conformidad con CSJ SL194-2019, CSJ SL3397-2020 y CSJ SL359-2021.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00090 -01.

Demandante: **JAIRO MODESTO TORRES MORALES.**

Demandado: **U.G.P.P.**

Costas Primera Instancia.

En lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de la U.G.P.P. se considera que es esta debe asumir tal carga, por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de U.G.P.P.

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 02 de marzo de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2021-00090 -01.
Demandante: **JAIRO MODESTO TORRES MORALES.**
Demandado: **U.G.P.P.**

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 U.G.P.P. como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00103 -01.

Demandante: **PURIFICACIÓN VARGAS CUADROS.**

Demandado: **LIELENCOL 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **PURIFICACIÓN VARGAS CUADROS** interpuso contra la providencia que el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 07 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **LIELENCOL S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo que se fue prorrogando del 03 de febrero de 1998 al 13 de marzo de 2019; y que entre Umbelina Cuadros de Vargas y LIELENCOL S.A.S. existió identidad y continuidad en el establecimiento empresarial. Como consecuencia de lo anterior, solicita vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, vestido y cazado de labor con su correspondiente sanción por mora, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión y salud, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, aportes a pensión, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 03 de febrero de 1998 ingresó a laborar al servicio de Umbelina Cuadros mediante contrato de trabajo a término fijo, para desempeñar el cargo de Rectora en el Liceo Encanto; **2)** El 13 de marzo de 2019 renunció; **3)** Devengaba \$2'500.000; **4)** Durante la relación laboral no le pagaron las acreencias laborales que pretende ni fue afiliado a seguridad social en pensiones durante el 03 de febrero de 1998 y el 31 de mayo de 2008, y septiembre de 2008; **5)** El 04 de julio de 2019, Luis Abelardo Vargas Cuadros constituyó la empresa LIELENCOL S.A.S. con el objeto de prestar el servicio de educación, quien asumió el funcionamiento del Liceo Encanto, existiendo una sustitución patronal; y **6)** En agosto de 2019 falleció Umbelina Cuadros.

2. Respuesta a la Demanda.

LIELENCOL S.A.S. (archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la constitución de la empresa el 04 de julio de 2019, así como que tiene por objeto social la prestación del servicio de educación; y el fallecimiento de la señora Umbalina Cuadros.

Adujo que no celebró ningún tipo de contrato de trabajo con el demandante; que no se puede colegir sustitución de empleadores, pues se está frente a dos empresarios distintos; y que la señora Umbalina Cuadros falleció en agosto de 2018, no en 2019, por lo que, no podría considerarse que hubo sustitución, nótese como la empresa se constituyó luego del fallecimiento de la propietaria del establecimiento Liceo Encanto.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no se encuentra acreditada una sustitución de empleadores entre LIELENCOL S.A.S. y la

señora Umbalina Cuadros, como quiera que no se demostró que se prestó el servicio a cargo de la primera, pues la demandante renunció – 13 de marzo de 2019- antes de su constitución- 04 de junio de 2019-, lo que no permite establecer continuidad de los servicios; y que al no ser llamado el señor Luis Vargas como sucesor de la señora Umbalina Cuadros, no es posible imponer ningún tipo de obligación a su cargo.

4. Argumentos de la Recurrente.

PURIFICACIÓN VARGAS CUADROS adujo que no necesariamente la inscripción en un registro mercantil da nacimiento a una unidad de empresa, sino que la formaliza ante los ojos de la ley, dicho acto sólo tiene efectos de publicidad ante terceros; que lo cierto es que el señor Luis Abelardo Vargas Cuadros asumió de facto la administración del establecimiento de comercio el Liceo El Encanto, por lo que, no se puede realizar un cambio en la unidad empresarial; y que frente a la continuidad del servicio de la demandante se mantuvo, luego del fallecimiento de la señora Umbalina Cuadros.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por LIELENCOL S.A.S., 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 considerar que LIELENCOL S.A.S. fue empleador de la demandante en virtud del fenómeno de la sustitución patronal?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Sustitución de Empleadores.

La sustitución de empleadores se presenta cuando se cambia de empleador, de titular de la empresa, sin que el establecimiento cambie de identidad, de manera tal que se no efectúa modificación de las actividades o negocios esenciales, y se continúan con las actividades empresariales, tal como se dispone en el artículo 67 del C.S.T.

Explica CSJ Rad. 3535 del 24 de enero de 1990, reiterada en CSJ SL3003-2020 y CSJ SL1751-2021, que una lectura literal del citado artículo conduciría a establecer que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa (cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc.), y la subsistencia de la identidad del negocio. Sin embargo, la jurisprudencia desde antaño ha introducido un tercer elemento que es la continuidad en la prestación del servicio, el cual está implícito en la noción de “sustitución de patronos”.

Igualmente, se rememora que tal y como lo ha señalado CSJ Rad. 30653 del 17 de febrero de 2009, quien actúa *“como representante o mandatario de la empleadora... esa condición no la hace responsable de las obligaciones laborales a cargo de aquélla, en la medida en que el representante laboral no asume la condición de empleador, ni tampoco, desde luego, las responsabilidades que competen a quien representa”*. En tal sentido, el administrador y representante legal no asume las obligaciones laborales de la empresa ni se convierte en empleador, sino que simplemente lo representa en el ejercicio de los atributos del contrato de trabajo.

Por otra parte, se aclara que, la **unidad de empresa** para que sea dable declararla es necesario que se acrediten dos elementos: que las compañías desarrollen actividades similares, conexas o complementarias entre sí y que haya prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las subsidiarias o filiales (CSJ SL15966-2016 y CSJ SL2615-2020).

Descendiendo al caso, se encuentra acreditado que la demandante ingresó a laborar al servicio de Umbalina Cuadros el 03 de febrero de 1998 para desempeñar el cargo de Rectora (fls. 11 y 12 del archivo 01). Igualmente, en certificaciones visibles a folios 19 y 22 del archivo 01 se establece que dicho servicio se prestaba en el establecimiento de comercio Liceo El Encanto, lo que corroboró el señor Luis Abelardo Vargas Cuadros como representante legal de la demandada al rendir interrogatorio de parte.

Por otra parte, se encuentra demostrado que la señora Umbalina Cuadros de Vargas falleció el 22 de agosto de 2018 (fl.15 del archivo 04) y, que sólo hasta el 04 de julio de 2019 se constituyó la empresa LIELENCOL S.A.S. por medio de Luis Abelardo Vargas Cuadros (fls. 31 a 40 del archivo 01); en ese sentido, ciertamente no podría considerarse que existió continuidad del servicio contratado por la señora Umbalina Cuadros y el que se prestaría en LIELENCOL S.A.S., pues esta sociedad aún no existía para la fecha en que la demandante renunció.

Aunado a ello y, si la intención de la parte actora era demostrar tal continuidad del servicio desde el fallecimiento de la señora Umbalina Cuadros hasta que LIELENCOL S.A.S. presuntamente de facto asumió los activos y pasivos de esta, debió realizar una actividad probatoria más prolija en aras de que la Sala no tuviera dudas que previo a la constitución de dicha empresa, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la demandante desplegó actos en servicio de esta, ya fuera para su constitución o en virtud del contrato que inicialmente laató con la señora Umbalina Cuadros; no obstante y contrario a ello, la única prueba que da cuenta de tal circunstancia, es la declaración de la misma demandante, la que se rememora tiene como finalidad principal lograr la confesión, por

demás que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho CSJ SL2390-2020 y CSJ SL5109-2020.

Del mismo modo, la Sala no tiene certeza de qué pasó en el interregno entre el fallecimiento de la señora Umbalina Cuadros y la constitución de la demandada, se desconoce incluso si fue el señor Luis Abelardo Vargas Cuadros quien ejecutó actos a nombre de su madre como representante del Liceo El Encanto en su condición de heredero de forma unilateral o, si lo fue a nombre de la masa sucesoral o, si como se dijo previamente, lo fue a nombre de LIELENCOL S.A.S.; aspectos que era determinantes vislumbrar a efectos de que se pudiera establecer con certeza si había operado el fenómeno de la sustitución de empleadores y en cabeza de quien se encontraban las obligaciones deprecadas.

Del mismo modo, no se avizora la constitución de una unidad de empresa, pues no se encuentra acreditado en juicio, especialmente que existiera algún tipo de predominio económico de una sociedad principal sobre subsidiarias o filiales. Igualmente, resulta válida la aclaración realizada por la A Quo en el sentido que no se solicitó ningún tipo de responsabilidad a cargo de Luis Abelardo Vargas Cuadros como heredero de la señora Umbalina Cuadros ni a cargo de la masa sucesoral de esta, pues los lineamientos de las pretensiones se enmarcaron en una sustitución de empleadores que como quedó visto no resultó avante, por demás que esta Corporación carece de facultades ultra y extra petita (CSJ SL3850-2020 y CSJ SL4487-2021).

Conforme a lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la 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**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2021-00103 -01.

Demandante: **PURIFICACIÓN VARGAS CUADROS.**

Demandado: **LIELENCOL S.A.S.**

**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 marzo de 2023 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

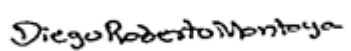
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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.

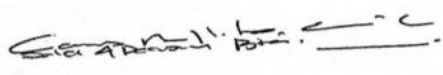
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



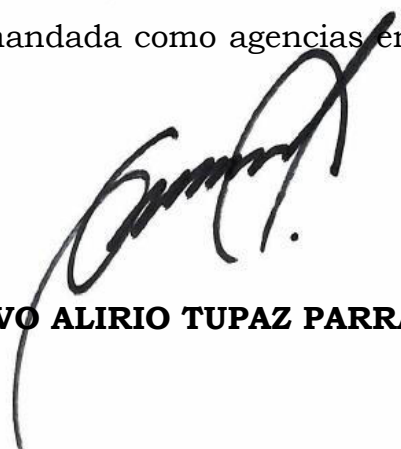
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$250.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00143 -01.

Demandante: **JEAN PIERRE TORRES MEDINA.**

Demandado: **PRELEGAL ASSIST 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **JEAN PIERRE TORRES MEDINA** contra la providencia que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 16 de febrero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **PRELEGAL ASSIST S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 21 de abril de 2016 y el 13 de diciembre de 2019; que los auxilios de alimentación y de recreación grupo familiar, así como las comisiones eran salario; que no medió otro sí para el incremento del salario ni la presunta desalarización fijada en sus pagos; y que en razón del cambio de funciones, y por variación en su componente salarial, la demandada debió generar y suscribir un otro sí modificatorio y/o supletorio para cada modificación de funciones e incremento de salario que definiera los rangos de pago y el efecto de cada valor. Como consecuencia de lo anterior, solicita la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización

por despido sin justa causa, sanción por no consignación de las cesantías, y diferencias por concepto de aportes a salud y pensión.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 21 de abril de 2016 para desempeñar el cargo de Abogado Trámites Empresarial con un salario de \$2'500.000; **2)** Dicho salario constaba de un básico de \$1'750.000, auxilio de alimentación por \$450.000 y auxilio de recreación grupo familiar de \$300.000; **3)** La cláusula cuarta del contrato de trabajo fue un inserto unilateral del propio empleador, por demás que los valores del parágrafo primero fueron pagados sin interrupciones y de forma habitual; **4)** El 13 de diciembre de 2019 le fue solicitada su carta de renuncia, lo que realizó en la calenda aludida; **5)** Sus aportes a seguridad social, así como sus prestaciones sociales y vacaciones se pagaron sobre el “sueldo”; no obstante, le pagaron otros rubros tales como, bonificación, auxilio de transporte, auxilio alimentación, auxilio recreación grupo familiar, auxilio de rodamiento y comisiones; y **6)** La base salarial de su liquidación final de prestaciones sociales fue la suma de \$2'116.596.

2. Respuesta a la Demanda.

PRELEGAL ASSIST S.A. (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Aceptó la existencia del contrato de trabajo, cargo, y extremos temporales; el pago de los aportes a seguridad social, prestaciones sociales y vacaciones sobre el rubro denominado “sueldo”; y el salario base de \$2'116.596 para efectuar la liquidación final de prestaciones sociales.

Adujo que se pactó expresamente que los auxilios de alimentación, transporte y rodamiento no eran salario, no se pagaban como contraprestación directa del servicios que el actor realizaba, y se reconocían por mera liberalidad; que el demandante en ningún caso percibió comisiones; que no se celebró otro sí, puesto que el actor siempre realizó las mismas funciones y el incremento de su salario tuvo como origen el

incremento del poder adquisitivo del salario anual; y que el demandante unilateralmente presentó su renuncia dos veces sin mencionar causa imputables al empleador, por demás que verbalmente manifestó que esta decisión tenía como propósito atender denuncias penales instauradas en su contra por diversos delitos y que eventualmente la empresa conoció que se trataba de concierto para delinquir, estafa, hurto agravado y calificado.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que al establecerse en el contrato de trabajo que los auxilios de alimentación y rodamiento no son salario, puesto que no es dable cambiar la connotación fijada dentro de tal contrato, la que por demás se acompasa con lo establecido legalmente; que si bien las bonificaciones, auxilio de recreación y grupo familiar si bien no se realizó cláusula de exclusión salarial, pues de los comprobantes de nómina se verifica su pago ocasional; y que no hay lugar a reconocer indemnización por despido indirecto, puesto que no se establecieron los hechos en los que se edificaba la decisión.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** expuso que existe una amplia cantidad de sentencias de la Corte Suprema de Justicia que dan cuenta que al trabajador sólo le basta probar la habitualidad de un pago para que sea constitutivo de salario, debiendo acreditar el empleador que tal rubro tenía el propósito para el cual fue pactado o pagado, lo que no se acreditó en juicio; que al final los pagos que recibía el demandante era por el servicio que prestaba, por lo que independientemente de la forma que se adopte, es salario, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; y que los jueces deben seguir el precedente, pues si se apartan deben presentar razones robustas, lo que no se logra extraer del caso concreto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable tener como salario los auxilios de alimentación, recreación de grupo familiar, transporte, rodamiento, así como las bonificaciones y/o comisiones percibidas por el trabajador demandante?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Salario.

Frente a los valores que es dable tener como salario, el artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del*

trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”.

Es criterio de CSJ Rad. 27325 del 10 de julio de 2006, CSJ Rad. 40509 03 de julio de 2013, CSJ Rad. 4369609 de julio de 2014, CSJ SL865-2019, y CSJ SL4866-2020, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no sólo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes.

Del mismo modo, CSJSL12220-2017, CSJSL1437-2018, CSJSL5159-2018, y CSJSL4663-2021 tiene sentado que, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.

Arribando al caso de estudio, observa la Sala que en el contrato de trabajo suscrito entre las partes visible a folios 36 a 41 del archivo 01, se estableció en la cláusula cuarta lo siguiente:

“CUARTA. - REMUNERACIÓN: EL EMPLEADOR pagará a EL TRABAJADOR por la prestación de sus servicios, un salario básico mensual de UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.750.000) M/CTE, pagaderos mes vencido.

PARÁGRAFO PRIMERO: Adicionalmente EL EMPLEADOR pagará mensualmente a EL TRABAJADOR como factor monetario no constitutivo de salario, los siguientes Auxilios:

- 1.** Un Auxilio Mensual por concepto de ALIMENTACIÓN por valor de CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$450.000) M/CTE.
- 2.** Un Auxilio Mensual por concepto de RODAMIENTO Y TRANSPORTE por valor de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) M/CTE.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Las partes convienen que todo ajuste y/o aumento que EL EMPLEADOR efectúe a favor de EL TRABAJADOR, se

aplicará, en igual medida, tanto al salario base como a los auxilios no constitutivos de salario pactados en la presente cláusula (...)."

De esta manera, es claro que frente al auxilio de alimentación y de rodamiento y transporte se pactó expresamente por parte del empleador su exclusión salarial, así como que su pago sería mensual, por lo que es, dable establecer que era periódico y/o habitual; en ese sentido, le correspondía al empleador demostrar que estos no tenían como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio.

Al respecto, no encuentra la Sala en el plenario prueba alguna que permita establecer la destinación de los rubros aludidos; por el contrario, de los testigos Sandra Patricia Silva y Tania Paola Pardo, es dable colegir que, tales auxilios se entregaban todos los meses, que desde el momento en que se llevó a cabo la contratación no les manifestaron el fin de los mismos, que se pagaban mensualmente sin importar si se estaba o no en periodo de vacaciones e incapacidad, que en la entrevista de trabajo informaron que el porcentaje de los auxilios era 60/40, y que la empresa nunca aclaró el fin de estos; dichos testimonios se estudiaron con mayor rigurosidad al tener proceso laboral por las mismas razones que el demandante, sin embargo, y según lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, no se encontró contradicción o elemento alguno que pudiera restar credibilidad a tales declaraciones.

De conformidad con el material probatorio expuesto, se tendrá como salario el auxilio de alimentación, así como el de rodamiento y transporte, al no encontrarse elementos que permitan establecer que pese a su habitualidad no eran salario.

Por otra parte, y en lo que respecta a las comisiones no se encuentra prueba que permita establecer que estas eran percibidas por el trabajador demandante. En lo que respecta a bonificaciones, si bien se encuentra que algunas de ellas se pagaron durante el transcurso de la relación laboral, esto es, en noviembre de 2016, febrero y diciembre de 2017, abril, agosto, noviembre y diciembre de 2018, enero y marzo de 2019, no se encuentra que dicho pago fuera periódico ni habitual (fls. 56 a 70 del archivo 01).

Asimismo, no se demostró que en la realidad se tratara de comisiones, por lo que, no podría en tales condiciones dársele la característica de salario; recuérdese que conforme CSJ SL1405-2015 este rubro cuando *“además de no ser de consagración legal, tampoco tiene origen en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, convención o pacto colectivo de trabajo, razón por la cual puede afirmar que se reconocía por mera liberalidad de la empleadora”*.

En suma, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como bonificaciones; por lo que, tal rubro no se tendrá como retributivo del servicio ante su falta de habitualidad y, por ende, como salario.

Finalmente, y en cuanto al auxilio recreación de grupo familiar, se encuentra que dicho concepto se empezó a pagar habitualmente desde el año 2019; anualidad a partir de la cual se pagó mes a mes (fls. 56 a 70 del archivo 01), por lo que, únicamente en tal año se tendrá como constitutivo de salario, por las mismas razones anotadas frente a los auxilios de alimentación, y rodamiento y transporte, pues pese a su habitualidad no se encuentra acreditado que tuviera un fin distinto a remunerar los servicios prestados por el trabajador.

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ la sentencia**, y en su lugar se DECLARARÁ que los conceptos devengados por el actor por concepto de auxilio de alimentación, auxilio de rodamiento y transporte, y auxilio recreación de grupo familiar son salario. Por ende, se procederá a efectuar el reajuste de prestaciones sociales y vacaciones.

Salario mes a mes. Prescripción, Reajuste Prestaciones Sociales, Vacaciones. Compensación.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el acápite anterior, se tendría que los **salarios** que percibió el demandante mes a mes durante la relación son los siguientes: abril de 2016 (10 días), \$833.333; mayo de 2016 a marzo de 2017, \$2'500.000; abril de 2017, \$2'548.083; mayo de 2017 a marzo de

2018, \$2'643.750; abril de 2018, \$2'695.744; mayo de 2018 a enero de 2019, \$2'799.731; febrero de 2019, \$2'053.136; marzo de 2019, \$2'866.924; abril a noviembre de 2019, \$3'023.709; y diciembre de 2019 (13 días), \$1'093.823,90.

Al punto, se aclara que el salario de diciembre de 2019 en la liquidación final de prestaciones sociales se tuvo como base la suma de \$2'116.596 como básico, \$500.000 por auxilio de alimentación y, \$407.113 por auxilio alimentación grupo familiar (fl.98 del archivo 07), motivo por el que se tomaron tales valores proporcionales a los 13 días laborados en tal mensualidad.

En cuanto al **fenómeno prescriptivo**, teniendo en cuenta que se demandó el 23 de marzo de 2021, sin que obre reclamación anterior a tal calenda, se tiene que operó el fenómeno de la prescripción sobre las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2018 con excepción de las cesantías y los aportes a pensión. Ciertamente, CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010 y CSJ SL5291-2018 señala que las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral y, CSJ SL8544-2016 reiterada en CSJ SL531-2020 ha establecido que acciones tendientes a reajustar la base de cotización de los trabajadores por inclusión de factores salariales son imprescriptibles, por cuanto están íntimamente ligados con el derecho pensional.

En consecuencia, se tiene que se debe pagar los siguientes valores y por lo siguientes conceptos, para lo cual se descontara lo que fue pagado por el empleador a modo de **compensación**, así:

Cesantías: Se debió pagar para el año 2016, \$1'736.111,11; 2017, \$2'599.840; 2018, \$2'752.070; y 2019, \$2'755.846; no obstante, únicamente se acreditó el pago de los periodos de 2017 a 2019, en las sumas de \$1'870.939, \$2'002.162 y 2'028.405 (fls. 83 y 98 del archivo 07), por lo que se adeuda: **2016, \$1'736.111,11; 2017, \$728.901; 2018, \$749.908; y 2019, \$727.441.**

Intereses a las cesantías: Dado que operó la prescripción de las causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2018, únicamente son exigibles las de los años 2018 y 2019, debiéndose pagar por cada anualidad, \$330.248,40 y \$315.085,06, respectivamente; no obstante, se encuentra acreditado que se pagó por parte del empleador por tales periodos, \$240.259 y \$233.267 (fls. 67 y 98 del archivo 07), por lo que se adeuda: **2018, \$89.989; y 2019, \$81.818,06.**

Prima de servicios: En la medida que operó la prescripción de las causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2018, únicamente son exigibles las de los años de 2018 y 2019, debiéndose pagar por cada anualidad, \$2'752.070 y \$2'755.846, respectivamente; no obstante, se encuentra acreditado que se pagó por parte del empleador por tales periodos, \$2'005.910 y \$1'772.827 (fls. 85 y 98 del archivo 07), por lo que se adeuda: **2018, \$746.160; y 2019, \$983.019.**

Vacaciones: Como quiera que operó la prescripción de las causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2018, son exigibles en su integridad, pues el primer periodo, esto es, del 21 de abril de 2016 al 20 de abril de 2017 se hizo exigible el 21 de abril de 2018. Por tanto, se debió pagar por vacaciones del periodo aludido, \$1'251.335,64; por el periodo del 21 de abril de 2017 al 20 de abril de 2018, \$1'321.990,57; por el periodo del 21 de abril de 2018 al 20 de abril de 2019, \$1'369.179,58; y por el periodo del 21 de abril de 2019 al 13 de diciembre de 2019, \$978.505,83, para un total de \$4'921.011,62; no obstante, se encuentra acreditado que se pagó \$4'086.049 (fls. 86 a 95 y 98 del archivo 07), por lo que se adeuda, **\$834.962,62**

Aportes a Seguridad Social en Salud y Pensiones.

En CSJ SL3009-2017, se tiene dicho que frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de **salud** 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; no obstante, al no haberse acreditado tales presupuestos en juicio

no es dable acceder a su reconocimiento, por lo que, se impondrá condena por tales conceptos.

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 lo procedente es el reconocimiento de las diferencias de los aportes a pensión, pues se pagaron sobre un valor inferior al que realmente devengaba el trabajador. En consecuencia, y teniendo en cuenta la planilla de aportes en línea llegados a folios 70 a 82 del archivo 07, se deberán pagar las siguientes diferencias salariales: Abril de 2016 (10 días), \$250.000; mayo de 2016 a marzo de 2017, \$750.000; abril de 2017, \$764.424; mayo de 2017, \$792.775; junio a noviembre de 2017, \$793.125; diciembre de 2017, \$671.240; enero a marzo de 2018, \$793.125; abril de 2018, \$583.864; mayo a julio de 2018, \$839.919; agosto de 2018, \$639.950; septiembre y octubre de 2018, \$839.919; noviembre de 2018, \$759.544; diciembre de 2018, \$839.918; enero de 2019, \$683.671; febrero de 2019, \$98.323; marzo de 2019, \$907.112; abril de 2019, \$1'016.862; mayo a noviembre de 2019, \$907.113; y diciembre de 2019 (13 días), \$0.

Al Uinto, se aclara que de acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia lo que procedería es el pago de tales diferencias salariales a través de mora, pues el demandante fue debidamente afiliado (CSJ SL4328-2021). En consecuencia, se **CONDENARÁ al pago de las**

diferencias aludidas en aportes a pensión, las que deberán ser reconocidas con el empleador como como periodos en mora.

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 si bien se pactó entre las partes una cláusula de exclusión salarial frente a los auxilios de alimentación y de rodamiento y transporte, del acervo probatorio se logró determinar elementos que permitieron establecer que la intención del empleador fue disfrazar pagos constitutivos de salario y brindarles otro tipo de connotación, pues además de su periodicidad, de la prueba testimonial se logró colegir que nunca se dio cuenta de su finalidad, así como que también fueron pagados en épocas de vacaciones y de incapacidad; misma situación

que acaeció con el Auxilio de Recreación Grupo Familiar también se pagó de forma periódica desde 2019. Por tanto, en tal sentido no sería dable colegir un actuar de buena fe del empleador, por lo que resultan procedentes las sanciones moratorias deprecadas.

En tales condiciones no es dable concluir que se ha actuado de buena fe, por lo que, se impondrá **sanción moratoria**, la que consistirá en **un salario diario, \$100.790,30 por cada día de retardo desde el 14 de diciembre de 2019 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera**, pues se demandó el 23 de marzo de 2021 (archivo 02), esto es, dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo laboral, 13 de diciembre de 2019.

En cuanto a la **sanción por no consignación de las cesantías**, se hace menester recordar que los términos prescriptivos de las cesantías y de la sanción por su no consignación no transitan por igual camino, en tanto su exigibilidad surgen en épocas diferentes, toda vez que el primero, se hace exigible al momento de la finalización del nexo laboral (CSJ Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010), mientras que el segundo, nace en los términos del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para depositar en cada anualidad dicha prestación social, por tanto, se contabiliza desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda las cesantías causadas y que se dejaron de consignar, por ende, su exigibilidad emerge desde tal día (CSJ Rad. 35.630 del 01 de febrero de 2011, reiterada en la CSJ SL2512-2020 y CSJ SL912-2023).

De esta manera, al haber operado el fenómeno de la prescripción sobre las anteriores al 23 de marzo de 2018, se tiene que adeudan las siguientes: **2017** (322 días-cesantías adeudadas, \$728.901), **\$7'823.537,40** y, **2018** (299 días- cesantías adeudadas, \$749.908), **\$7'474.083,07**; no se imponen las de 2019, puesto que estas hacían parte de la liquidación final de prestaciones sociales, y la indemnización que se impone por tal rubro es la sanción moratoria antes referida.

No se ordena **indexación** frente a prestaciones sociales, puesto que esta condena resultaría incompatible con la sanción moratoria, la que cubre la actualización por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, por ende, es dable ordenar su pago únicamente frente a las vacaciones, y la sanción por no consignación de las cesantías. Lo dicho, conforme a CSJ Rad. 35.603 del 01 de febrero de 2011, y CSJ SL4278-2022.

Finalmente, se aclara que al girar la apelación en torno a los conceptos que constituían salario, por sustracción de materia no se hace necesario efectuar algún pronunciamiento adicional.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

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. DECLARAR que los rubros pagados a JEAN PIERRE TORRES MEDINA por parte de PRELEGAL ASSIST S.A. por concepto de auxilio de alimentación, auxilio de rodamiento y transporte, y auxilio de recreación grupo familiar, dentro la relación laboral que existió entre estos, del 21 de abril de 2016 al 13 de diciembre de 2019, son salario.

B. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LAS EXCEPCIONES DE COMPENSACIÓN Y DE PRESCRIPCIÓN; esta última sobre las acreencias causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2018.

C. CONDENAR a PRELEGAL ASSIST S.A. a pagar a favor de JEAN PIERRE TORRES MEDINA, a reconocer y pagar los siguientes valores, y por los siguientes conceptos:

- **Diferencias cesantías: 2016,** \$1'736.111,11; **2017,** \$728.901; **2018,** \$749.908; y **2019,** \$727.441.
- **Diferencias intereses a las cesantías: 2018,** \$89.989; y **2019,** \$81.818,06.
- **Diferencias primas de servicios: 2018,** \$746.160; y **2019,** \$983.019.
- **Diferencias vacaciones:** \$834.962,62; rubro que se deberá reconocer debidamente **indexado** al momento de hacerse efectivo su pago.
- **Diferencias aportes a pensión:** Abril de 2016 (10 días), \$250.000; mayo de 2016 a marzo de 2017, \$750.000; abril de 2017, \$764.424; mayo de 2017, \$792.775; junio a noviembre de 2017, \$793.125; diciembre de 2017, \$671.240; enero a marzo de 2018, \$793.125; abril de 2018, \$583.864; mayo a julio de 2018, \$839.919; agosto de 2018, \$639.950; septiembre y octubre de 2018, \$839.919; noviembre de 2018, \$759.544; diciembre de 2018, \$839.918; enero de 2019, \$683.671; febrero de 2019, \$98.323; marzo de 2019, \$907.112; abril de 2019, \$1'016.862; y mayo a noviembre de 2019, \$907.113. **Dichos rubros deberán ser reconocidas por parte del empleador como como periodos en mora.**
- **Sanción moratoria.** Un salario diario, **\$100.790,30** por cada día de retardo desde el 14 de diciembre de 2019 hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.
- **Sanción por no consignación de las cesantías: 2017** \$7'823.537,40 y, **2018,** \$7'474.083,07; sumas que se deberán reconocer debidamente **indexadas** al momento de hacerse efectivo su pago.

D. ABSOLVER a PRELEGAL ASSIST S.A. de las demás pretensiones incoadas por JEAN PIERRE TORRES MEDINA.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2021-00143 -01.

Demandante: **JEAN PIERRE TORRES MEDINA.**

Demandado: **PRELEGAL ASSIST S.A.**

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

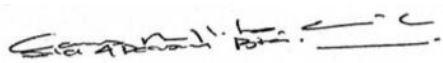
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala 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 05-002-2021-00204 -01.

Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA** contra la providencia que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 15 de marzo de 2023 en proceso ordinario laboral que adelanta el recurrente contra **COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende en calidad de hijo en condición de invalidez una pensión de sobrevivientes, a partir del fallecimiento del causante, e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** Esteban Moreno Teran era padre del demandante y, falleció el 22 de noviembre de 2015; **2)** Padece de catarata congénita y miopía degenerativa desde el nacimiento; **3)** El causante cotizó entre el 09 de diciembre de 1971 y el 01 de agosto de 1983, de las cuales 150,71 fueron aportadas en los

últimos tres años; **4)** Convivió con el causante hasta su deceso, dependiendo económicamente de este; **5)** El 18 de marzo de 2021, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que tenía un P.C.L. del 53,38%; **6)** Reclamó pensión de sobrevivientes, empero, se negó mediante Resolución SUB 2767 del 09 de enero de 2018; y **7)** Los padecimientos y limitaciones del demandante son anteriores al fallecimiento del causante, pues estos datan desde su infancia.

2. Respuesta a las Demandas.

COLPENSIONES (archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Adujo que no se encuentra debidamente acreditado que las patologías que alega el demandante padece las tenga desde su nacimiento, por demás que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se establece que estas se estructuraron el 07 de diciembre de 2015, esto, es incluso con una fecha posterior al fallecimiento del causante; y que se debe demostrar la correspondiente dependencia económica.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que está acreditado que el causante falleció el 22 de noviembre de 2015, así como la calidad de hijo del demandante de este; que al actor le fue establecida como una pérdida de capacidad laboral del 53,38% con fecha de estructuración el 07 de diciembre de 2015; que en adición a ello, en diferentes evaluaciones ópticas que se le han realizado ha presentado un P.C.L. superior al 50%; que pese a lo anterior, no obra prueba que permita establecer que el P.C.L. es anterior a la fecha de estructuración ni al nacimiento; y que de esta manera, no es posible establecer que la invalidez tiene como calenda una fecha anterior al fallecimiento del causante.

4. Argumentos del Recurrente.

KILMER ESTABAN MORENO URRUTIA señaló que se debió establecer la fecha de estructuración material, esto es, la data en la que se perdió en el caso concreto la capacidad y se convierte el demandante en una persona de especial protección para el Estado; que en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas, o congénitas la fecha de estructuración puede variar, incluso, pudiéndose establecer una calenda anterior; y que las patologías del demandante son congénito, por demás que según historia clínica desde el 2003 ya se venía padeciendo de patologías visuales, de modo que, provenía desde que su padre estaba en vida.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 ambas 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.

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 al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor del demandante en virtud de su presunta condición de hijo en condición de invalidez?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Pensión de Sobrevivientes. Hijo en Condición de Invalidez.

Al punto, se hace necesario precisar 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 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 CSJ SL4261-2020, por mencionar algunas.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Esteban Moreno Teran -22 de noviembre de 2015- (fl. 32 del archivo 01), la normatividad que gobierna el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003; normas que establecen que son beneficiarios, entre otros, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos en condición de invalidez si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Al respecto, es necesario precisar que en virtud de lo dispuesto en el literal c) del aludido artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para que haya lugar a la pensión en estudio es necesario en síntesis que se acredite, parentesco, estado de invalidez y dependencia económica respecto del progenitor. Ahora, para determinar cuándo hay invalidez se aplica el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, esto es, que se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral (CSJ SL1704-2021).

Así mismo, debe tenerse en cuenta que, CSJ Rad. 26823 del 24 de julio de 2006, CSJ Rad. 32992 del 22 de julio de 2009, CSJ Rad. 34708 del 18 de febrero de 2009, y CSJ SL4533-2020, entre otras, tiene adoctrinado que el hijo que pretenda el reconocimiento de la pensión que se discute, deberá demostrar la concurrencia de los requisitos de invalidez y

dependencia económica del pensionado o afiliado, a la fecha del fallecimiento, no antes, ni con posterioridad.

Dicho ello, encuentra la Sala que no existe controversia en cuanto al parentesco del demandante con el causante, por demás que a folio 30 del archivo 01 se allegó registro de nacimiento en el que consta la calidad de hijo del actor con el exánime.

En cuanto al segundo presupuesto, si bien se encuentra demostrado que el demandante presenta un P.C.L. del 53,38%, según dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 18 de marzo de 2021, lo cierto es que allí se plasmó que la fecha de estructuración data del 07 de diciembre de 2015 por las patologías de visión subnormal de ambos ojos y miopía degenerativa (fls. 22 a del archivo 01), esto es, de una fecha posterior al fallecimiento del causante que se rememora data del 22 de noviembre de 2015.

Ahora bien, señala el demandante que los padecimientos del demandante provienen desde que era niño y que su situación de salud es originada por una condición crónica y/o degenerativa. Al punto, la H. Corte Constitucional ha desarrollado un sólido precedente para los casos en que la invalidez tiene como causa una enfermedad como las referidas, en los que resulta procedente establecer una fecha de estructuración material posterior o anterior a la fijada en los dictámenes.

En tales escenarios, se parte como premisa que en algunos casos, al momento de efectuarse la calificación, se establece una fecha de estructuración que no refleja el momento en el que la persona realmente pierde su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. En sentencia SU- 588 de 2016 dijo que:

- “En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.
- Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera

inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

- Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador”.

Por lo anterior, en la misma sentencia analizada, SU-588 de 2016, la evaluación del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 no es sencilla, pues esas patologías “*se presentan desde el nacimiento o son de larga duración o progresivas*”.

Por su parte, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en su precedente, también ha acogido este criterio, señalando que los jueces excepcionalmente pueden apartarse de la fecha de estructuración, teniendo en cuenta el acervo probatorio que permita concluir que se está frente a uno de los eventos referidos y que la calificación no se ajusta a la realidad de la calenda que se debería tener en cuenta para efectos de establecer cuando se causa la prestación (CSJ SL780-2021, CSJ SL5157-2020, CSJ SL5157-2020, CSJ SL21811-2017, y CSJ SL16374-2015, entre otras).

Sentados lo anteriores presupuestos, encuentra la Sala que en el expediente administrativo visible en el correo electrónico del folio 1 del archivo 05 está acreditado que en dictamen de P.C.L. realizado por COLPENSIONES el 12 de octubre de 2017, se estableció que el demandante padecía de cataratas congénitas y miopía degenerativa, con un P.C.L. del 51,28% con fecha de estructuración 14 de septiembre de 2017.

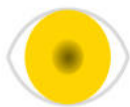
Frente a las patologías aludidas, la Organización Mundial de la Salud-O.M.S. ha definido las cataratas como la “*Nubosidad en el cristalino del ojo*”

Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

que ocasiona una visión cada vez más borrosa. El riesgo de padecer cataratas aumenta con la edad”. Igualmente, ha establecido que, las que son de origen congénito presentan las siguientes características¹:

Cataratas congénitas y cataratas del desarrollo



Tipo de estrategia

Promoción	●
Prevención	●
Tratamiento	●●

Causas: La mayoría de los casos bilaterales son de causa desconocida. Las causas conocidas incluyen infección intrauterina y trastornos metabólicos, o son hereditarias. El traumatismo es la causa más común de catarata unilateral.

¿Puede causar deficiencia visual? Si

Promoción: Como la cirugía temprana da mejores resultados para la vista, es necesario realizar promoción entre los padres y los trabajadores de la salud para que los niños con signos de cataratas (pupilas blancas) sean derivados urgentemente.

Prevención: Vacunación contra la rubéola, si está incluida en las políticas nacionales de vacunación.

Tratamiento: Se recomienda realizar exámenes sistemáticos de detección en los recién nacidos para asegurar el diagnóstico precoz y la derivación oportuna para la cirugía. Para la cirugía de cataratas hace falta un equipo quirúrgico bien equipado y competente (57-59). Después de una cirugía de cataratas, se requiere un seguimiento a largo plazo con corrección óptica y tratamiento de la ambliopía (57). La rehabilitación visual puede ser necesaria para niños con resultados visuales deficientes.

Así mismo, O.M.S. las consecuencias de la discapacidad visual, señalando expresamente lo siguiente²:

“(…) La discapacidad visual tiene graves consecuencias para el individuo a lo largo del curso de la vida. Muchas de estas consecuencias pueden mitigarse mediante el acceso oportuno a una atención oftálmica de calidad. Las afecciones oculares que pueden causar discapacidad visual y ceguera, **como las cataratas** o los errores de refracción, son, por motivos fundados, el foco principal de las estrategias de atención oftálmica; con todo, no se debe pasar por alto la importancia de las afecciones oculares que no suelen causar discapacidad visual, como la sequedad ocular o la conjuntivitis. Estas afecciones se encuentran a menudo entre las [razones principales](#) para acudir a los servicios de atención oftálmica.

Causas

A nivel mundial, las principales causas de la discapacidad visual y la ceguera son las siguientes:

- errores de refracción
- **cataratas**
- retinopatía diabética
- glaucoma
- degeneración macular relacionada con la edad

Las causas de la discapacidad visual varían considerablemente de un país a otro y dentro de un mismo país en función de la disponibilidad de servicios

¹ <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331423/9789240000346-spa.pdf>

² <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/blindness-and-visual-impairment>

de atención oftálmica, su asequibilidad y el nivel de educación de la población. Por ejemplo, la proporción de la discapacidad visual que se puede atribuir a cataratas no operadas es mayor en los países de ingreso bajo y mediano. En los países de ingreso alto, enfermedades como el glaucoma y la degeneración macular relacionada con la edad son más frecuentes.

Entre los niños, las cataratas congénitas son una de las principales causas de discapacidad visual en los países de ingreso bajo, mientras que en los países de ingreso mediano es más probable que la causa principal sea la retinopatía del prematuro.

Los errores de refracción no corregidos siguen siendo una de las principales causas de discapacidad visual en todos los países entre las poblaciones de niños y adultos.

De esta manera, es claro que pese a la existencia de tratamientos preventivos y tempranos para el tratamiento de la catarata congénita, ante la imposibilidad de acceder a estos o no efectuarse un seguimiento adecuado, tal circunstancia puede ir en detrimento de la salud visual y generar escenarios invalidantes, como las que fueran narradas por los testigos Alcira Gil Mena y Benjamín Martínez Cuesta, quienes manifestaron que el demandante no ha laborado por su condición visual, que este desde niño ha tenido problemas de la vista, que recomendación médica el actor tuvo que dejar sus estudios en el SENA para no perder la vista que le quedaba, que luego del fallecimiento del causante, el demandante tuvo que acudir al rebusque y ocasionalmente en obras de construcción debía barrer o recoger agua (lo que realizó con el último testigo según su dicho tres o cuatro veces con él).

En suma, se avizora en la historia clínica que desde el 27 de enero de 2004, el demandante presentaba dificultades visuales, especialmente, para leer y soportar la luz; que se practicó en marzo de tal anualidad una reducción de hernia de iris; que el 09 de abril de 2015 se había establecido que el demandante padecía de una visión subnormal de ambos ojos, así como una catarata congénita; que el 07 de diciembre de 2015 se realizó procedimiento de capsulotomía con láser; y que el 09 de agosto de 2019, mediante dictamen COLPENSIONES elevó tal P.C.L. al 60%.

Así las cosas, y dado que se está frente a patologías de orden degenerativo y una de origen congénito, ciertamente es dable mover la fecha de estructuración, pues desde el nacimiento y por lo menos desde el 09 de abril de 2015 se tiene certeza de un diagnóstico actual en el que el

demandante presenta una visión subnormal de ambos ojos, y catarata congénita.

Además, obra documental que da cuenta que desde niño el demandante presentaba afectaciones en su salud visual lo que en consideración a lo expuesto por los testigos permite establecer que han sido esas mismas afecciones las que derivaron en las patologías que fueron objeto de calificación por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por lo que, a pesar de lograrse recuperaciones, estas únicamente fueron transitorias, de modo que, al momento del fallecimiento del causante, el demandante presentó nuevamente una limitación visual significativa; nótese como además en el referido dictamen se señala que, la determinación de la fecha de estructuración se limitó a tomar el examen que reflejaba el estado actual del actor que se encontró en la historia clínica y que daba cuenta de las enfermedades visuales del actor, aludiendo por tal razón que era la del 07 de diciembre de 2015, pese a que como quedó visto en abril del mismo año, ya se había hecho referencia de tales patologías.

En consecuencia, se considera que para la fecha de fallecimiento del causante, el demandante se encontraba en condición de invalidez, por lo que, se procede a verificar si se encuentra acreditada la dependencia económica. Al respecto, es necesario precisar que la dependencia económica que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no es absoluta, es decir, que el beneficiario puede recibir otros ingresos propios o de terceros, entre ellos los alimentos, siempre y cuando estos no lo conviertan en autosuficiente económicamente (CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014 y CSJ SL14923-2014).

Igualmente, en sentencias CSJ SL4811-2014 y CSJ SL14923-2014, se expuso que, el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, tampoco significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de

quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta la dependencia económica, en todo caso, debe existir un grado de ella, para lo cual se han identificado dos condiciones a saber: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y ii) una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y se ve afectado en su mínimo vital en un grado significativo.

De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe cumplir los siguientes parámetros: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; y iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente (CSJ SL5605 de 2019 y CSJ SL4483-2021)

Tales condiciones, como también lo ha sostenido la Corte, deben ser analizadas en los momentos previos al fallecimiento y no después de tal suceso (CSJ Rad. 52770 del 04 de diciembre de 2013) y en cada situación en concreto, a partir de la condición económica del presunto beneficiario y de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente practicadas en el trámite del proceso (CSJ Rad. 44701 del 19 de noviembre de 2013).

Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Sobre este punto, observa la Sala que según los testigos Alcira Gil Mena y Benjamín Martínez Cuesta, el demandante siempre dependió de su progenitor, quien era quien le suministraba vivienda, alimentos, salud, y que actualmente este depende de su madre; lo dicho, como quiera que los testigos fueron contestes en manifestar que, sólo hubo una separación entre padre e hijo, y esto fue cuando este se fue a estudiar al SENA, no obstante, que tuvo que regresar precisamente por su condición de discapacidad; que el demandante siempre estuvo bajo el cuidado del causante, ya que desde niño siempre ha tenido problemas de la vista; que su mamá no le colaboraba porque tenía cinco hijos, y se hacía cargo de los tres más pequeños; y que venían al causante comprando comida para sus hijos, estaba muy pendiente de ellos.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el aporte que el causante le suministraba a su hijo era cierto, constante, y significativo, pues resultaban vitales para su manutención, por lo que, en tales condiciones se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se ORDENARÁ el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor del demandante con ocasión al fallecimiento del causante.

Fecha de Reconocimiento, Valor de la Mesada, y Prescripción.

En juicio está acreditado que el causante falleció el 22 de noviembre de 2015, por lo que se reconocerá la prestación pensional a partir de tal calenda. Así mismo, la pensión será equivalente a un salario mínimo, puesto que efectuadas las operaciones de rigor conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el monto resultante se encuentra por debajo del salario mínimo vigente para tal anualidad:

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Año 2002			
				Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/07/02	31/07/02	2	455.714,00	15.190,47	\$ 30.380,93		
01/08/02	31/08/02	30	455.714,00	15.190,47	\$ 455.714,00		
01/09/02	30/09/02	30	455.714,00	15.190,47	\$ 455.714,00		
01/10/02	31/10/02	29	455.714,00	15.190,47	\$ 440.523,53		
01/11/02	30/11/02	29	455.714,00	15.190,47	\$ 440.523,53		
01/12/02	31/12/02	30	455.714,00	15.190,47	\$ 455.714,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2021-00204 -01.

Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Total días	150			\$ 2.278.570,00	\$ 15.190,47	\$ 455.714,00
------------	-----	--	--	-----------------	--------------	---------------

				Año 2003			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	455.714,00	15.190,47	\$ 455.714,00		
01/02/03	28/02/03	30	455.714,00	15.190,47	\$ 455.714,00		
01/03/03	31/03/03	30	455.714,00	15.190,47	\$ 455.714,00		
01/04/03	30/04/03	30	455.714,00	15.190,47	\$ 455.714,00		
01/05/03	31/05/03	30	489.437,00	16.314,57	\$ 489.437,00		
01/06/03	30/06/03	30	489.437,00	16.314,57	\$ 489.437,00		
01/07/03	31/07/03	29	489.437,00	16.314,57	\$ 473.122,43		
01/08/03	31/08/03	30	489.437,00	16.314,57	\$ 489.437,00		
01/09/03	30/09/03	30	489.437,00	16.314,57	\$ 489.437,00		
01/10/03	31/10/03	30	489.437,00	16.314,57	\$ 489.437,00		
01/11/03	30/11/03	30	489.437,00	16.314,57	\$ 489.437,00		
Total días		329			\$ 5.232.600,43	\$ 15.904,56	\$ 477.136,82

				Año 2004			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/04	31/01/04	28	489.437,00	16.314,57	\$ 456.807,87		
01/02/04	29/02/04	27	490.460,00	16.348,67	\$ 441.414,00		
01/03/04	31/03/04	28	490.460,00	16.348,67	\$ 457.762,67		
01/04/04	30/04/04	28	490.460,00	16.348,67	\$ 457.762,67		
01/05/04	31/05/04	28	490.460,00	16.348,67	\$ 457.762,67		
01/06/04	30/06/04	28	490.460,00	16.348,67	\$ 457.762,67		
01/07/04	31/07/04	28	490.460,00	16.348,67	\$ 457.762,67		
01/08/04	31/08/04	28	490.460,00	16.348,67	\$ 457.762,67		
Total días		223			\$ 3.644.797,87	\$ 16.344,39	\$ 490.331,55

				Año 2008			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/05/08	31/05/08	30	673.000,00	22.433,33	\$ 673.000,00		
01/06/08	30/06/08	30	673.000,00	22.433,33	\$ 673.000,00		
01/07/08	31/07/08	30	673.000,00	22.433,33	\$ 673.000,00		
01/08/08	31/08/08	30	673.000,00	22.433,33	\$ 673.000,00		
01/09/08	30/09/08	30	673.000,00	22.433,33	\$ 673.000,00		
01/10/08	31/10/08	30	673.000,00	22.433,33	\$ 673.000,00		
01/11/08	30/11/08	30	673.000,00	22.433,33	\$ 673.000,00		
01/12/08	31/12/08	30	673.000,00	22.433,33	\$ 673.000,00		
Total días		240			\$ 5.384.000,00	\$ 22.433,33	\$ 673.000,00

				Año 2009			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2021-00204 -01.

Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/02/09	28/02/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/03/09	31/03/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/04/09	30/04/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/05/09	31/05/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/06/09	30/06/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/07/09	31/07/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/08/09	31/08/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/09/09	30/09/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/10/09	31/10/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/11/09	30/11/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/12/09	31/12/09	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
Total días		360			\$ 8.592.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00

				Año 2010			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/02/10	28/02/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/03/10	31/03/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/04/10	30/04/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/05/10	31/05/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/06/10	30/06/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/07/10	31/07/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/08/10	31/08/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/09/10	30/09/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/10/10	31/10/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
01/11/10	30/11/10	30	716.000,00	23.866,67	\$ 716.000,00		
Total días		330			\$ 7.876.000,00	\$ 23.866,67	\$ 716.000,00

				Año 2012			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/05/12	31/05/12	30	857.000,00	28.566,67	\$ 857.000,00		
01/06/12	30/06/12	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/07/12	31/07/12	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/08/12	31/08/12	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/09/12	30/09/12	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/10/12	31/10/12	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/11/12	30/11/12	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/12/12	31/12/12	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
Total días		240			\$ 7.066.000,00	\$ 29.441,67	\$ 883.250,00

				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	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/02/13	28/02/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/03/13	31/03/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/04/13	30/04/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/05/13	31/05/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2021-00204 -01.

Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

01/06/13	30/06/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/07/13	31/07/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/08/13	31/08/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/09/13	30/09/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/10/13	31/10/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/11/13	30/11/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/12/13	31/12/13	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
Total días		360			\$ 10.644.000,00	\$ 29.566,67	\$ 887.000,00

				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	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/02/14	28/02/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/03/14	31/03/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/04/14	30/04/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/05/14	31/05/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/06/14	30/06/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/07/14	31/07/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/08/14	31/08/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/09/14	30/09/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/10/14	31/10/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/11/14	30/11/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/12/14	31/12/14	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
Total días		360			\$ 10.644.000,00	\$ 29.566,67	\$ 887.000,00

				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	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/02/15	28/02/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/03/15	31/03/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/04/15	30/04/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/05/15	31/05/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/06/15	30/06/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/07/15	31/07/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/08/15	31/08/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/09/15	30/09/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
01/10/15	31/10/15	30	887.000,00	29.566,67	\$ 887.000,00		
Total días		300			\$ 8.870.000,00	\$ 29.566,67	\$ 887.000,00

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
2003	150	49,83	82,47	1,66	\$ 455.714,00	\$ 754.219,02	\$ 3.771.095,08
2004	329	53,07	82,47	1,55	\$ 477.136,82	\$ 741.463,60	\$ 8.131.384,17
2005	223	55,99	82,47	1,47	\$ 490.331,55	\$ 722.229,74	\$ 5.368.574,39
2009	240	69,80	82,47	1,18	\$ 673.000,00	\$ 795.162,03	\$ 6.361.296,28

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2021-00204 -01.

Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

2010	360	71,20	82,47	1,16	\$ 716.000,00	\$ 829.333,15	\$ 9.951.997,75
2012	240	76,19	82,47	1,08	\$ 883.250,00	\$ 956.052,34	\$ 7.648.418,69
2013	360	78,05	82,47	1,06	\$ 887.000,00	\$ 937.231,13	\$ 11.246.773,61
2014	360	79,56	82,47	1,04	\$ 887.000,00	\$ 919.443,06	\$ 11.033.316,74
2015	300	82,47	82,47	1,00	\$ 887.000,00	\$ 887.000,00	\$ 8.870.000,00
Total días	2562	IBL 2015					\$ 72.382.856,70
							\$ 847.574,43
Pensión					Tasa de reemplazo	45,00	\$ 381.408,50

En cuanto a la prescripción, encontramos que la prestación se hizo exigible el 22 de noviembre de 2015 y, se solicitó la prestación el 21 de noviembre de 2017, a la que se dio respuesta mediante la Resolución SUB 2767 del 09 de enero de 2018, se desataron los recursos de reposición y apelación a través de las Resoluciones SUB 43203 y DIR 4479 del 20 y 28 de febrero de 2018, notificada esta última el 08 de marzo de 2018 (fls. 33 a 39 del archivo 01 y 1 del archivo 05). De esta manera, y dado que se demandó hasta el 30 de abril de 2021 (archivo 02), esto es, por fuera de los tres años de que tratan los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 y 489 del C.S.T., se considera que sólo se logró la interrupción con la presentación de la demanda, esto es, el 30 de abril de 2021, por lo que, las mesadas causadas con anterioridad al 30 de abril de 2018 se encuentra prescritas.

Conforme a lo dicho, se **DECLARARÁ PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, y se ordenará el pago de la pensión desde el 30 de abril de 2018.

Intereses Moratorios.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la prestación, tal como lo señala el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la

SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el sub examine, se observa que las razones que tuvo COLPENSIONES se fundaron en la fecha de estructuración que fijó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para negar la prestación, por lo que en tal sentido, es dable considerar que, tal entidad estaba obrando de conformidad con lo dispuesto en la normatividad que rige la materia, por demás que el reconocimiento prestacional se efectúa con fundamento en una postura eminentemente jurisprudencial.

Pese a lo anterior, se ORDENARÁ el reconocimiento de la prestación debidamente **indexada**, como quiera que las mesadas pensionales se podrían ver sometidas a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias CSJ SL194-2019, CSJ SL3397-2020 y CSJ SL359-2021.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de 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,**

Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

R E S U E L V E:

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

A. DECLARAR que COLPENSIONES debe reconocer una pensión de sobrevivientes a favor de KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA con ocasión del fallecimiento del señor Esteban Moreno Teran, a partir del 22 de noviembre de 2015, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, mesada adicional, junto con los reajustes de ley.

B. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN frente a las mesadas causadas con anterioridad al 30 de abril de 2018.

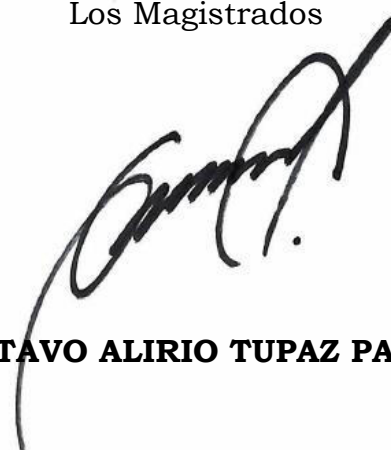
C. CONDENAR a COLPENSIONES a favor de KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA una pensión de sobrevivientes desde el 30 de abril de 2018, junto con la correspondiente mesada adicional, reajustes de ley, y en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; dichos valores deberán pagarse debidamente indexados al momento de hacerse efectivo su pago.

D. ABSOLVER a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de intereses moratorios.

SEGUNDO. –. Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

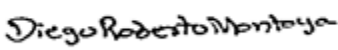
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados

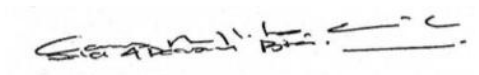


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2021-00204 -01.
Demandante: **KILMER ESTEBAN MORENO URRUTIA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00323-01.

Demandante: **BERTHA CAMILA GALÁN CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 13 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que **BERTHA CAMILA GALÁN CASTRO** 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 nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., y que para todos los efectos pensionales se encuentra en COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, que COLFONDOS S.A. devuelva todos los valores que constituyen su ahorro junto con valores adicionales y saldos, con todos sus frutos e intereses.

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.

COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (fls. archivos 14 y 16) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La segunda, también impetró la excepción de compensación.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO. CONDENAR a COLFONDOS a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones COLFONDOS, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2021-00323-01.

Demandante: **BERTHA CAMILA GALÁN CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

desde el 01 de febrero de 1983 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible en el expediente administrativo (fls. 33 a 40 del archivo 01); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 28 de marzo de 2000 (fl.24 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 (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 24 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 28 de marzo de 2000 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 Galán Castro se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (28 de marzo 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 la demandante asegura que se trasladó porque se le informó que el I.S.S. se iba a acabar y que era imperativo estar en un fondo por ley, como lo era la demandada; 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.

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, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, pues si bien se ordenó que COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, valores pagados a primas de seguros previsionales, y el

porcentaje destinado a pensión de garantía mínima bonos, también se debe devolver los valores pagados por concepto de **bono pensional y comisiones**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Igualmente, se **DISPONDRA** que los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS S.A. deben 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**,

Demandante: **BERTHA CAMILA GALÁN CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, los valores pagados por concepto de **bono pensional y comisiones**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

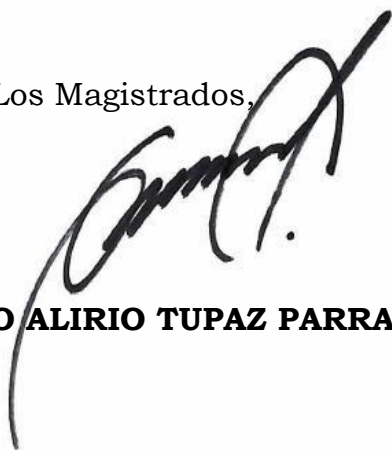
DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de COLFONDOS deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

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

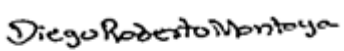
TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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.

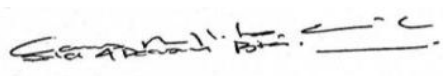
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00433 -01.
Demandante: **LAURA YOLANDA BELTRÁN MOGOLLÓN.**
Demandado: **OPERACIONES GENERALES SURAMERICANA 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **LAURA YOLANDA BELTRÁN MOGOLLÓN** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 29 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra **OPERACIONES GENERALES SURAMERICANA S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo del 23 de agosto de 2014 al 15 de septiembre de 2019; y que la relación laboral finiquitó por causas imputables al empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social en salud y pensiones, pagos efectuados por pólizas de cumplimiento y retención en la fuente, licencias de maternidad, sanción moratoria e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Inició a desarrollar sus funciones el 23 de agosto de 2014; **2)** El 29 de diciembre de 2014 suscribió con la demandada un contrato de prestación de servicios como Abogado; no obstante, desarrollaba el objeto social de la empresa demandada, por demás que dicho contrato contenía diversos anexos que en la realidad escondían una relación laboral; **3)** Estaba obligado a estar disponible al llamado del *call center* y una vez recibida la orden, se debía desplazar al sitio en el que el asegurado de la demandada hubiere sufrido el accidente de tránsito: atendía zona norte que iba desde la calle 80 hasta la salida de Bogotá y de oriente a occidente desde los cerros hasta la salida de Bogotá por la calle 80; **4)** De no estar en sitio debía recibir el servicio o de lo contrario dejaban anotación que terminaría en sanción o llamada de atención; **5)** Dentro de los Protocolos y Políticas Básicas de Operación para los Servicios de Asistencia se establecía que debía tener una disponibilidad de 24 horas los siete días de la semana, así como que la demandada podía monitorear tal disponibilidad así como la trazabilidad en la ejecución del mismo; **6)** En el Acta de Entrega de Implementos para la Prestación de Servicios de Asistencia se estableció que, debía portar uniforme, carnet de identificación, equipos, herramientas y materiales adecuados e idóneos, y dotación de seguridad necesaria de acuerdo con las actividades que se desarrollan durante la ejecución del servicio; **7)** Debía presentar informes periódicos relacionados con los servicios de asistencia, asistir a capacitaciones y reuniones programadas por la demandada, y atender la órdenes que le fueran suministradas por sus superiores; **8)** Debía afiliarse a seguridad social por su cuenta; **9)** Percibía una remuneración variable; **10)** Estaba sujeto a un esquema sancionatorio; **11)** Debía realizar atención presencial y telefónica, respecto a lo que se le establecía la forma como debía prestar tales servicios; **12)** En diversos correos electrónicos se remitieron recordatorios, recomendaciones, forma de realizar reportes, cronogramas; **13)** Dentro del contrato de prestación de servicios estaba implícita la cláusula de exclusividad; **14)** La Directora Servicios Profesionales- Gerencia de Asistencia, el área de Soporte Técnico MACA, realizaban la asignación de servicios al demandante y demás abogados a través de whatsapp en un grupo denominado Asistencia Bogotá; **15)** Debía tener abierto el aplicativo click que era un mapa que permitía establecer su

ubicación; **16)** Mediante correo del 06 de enero de 2017 la empresa ratificó la obligatoriedad de toma de servicios que lleguen por la aplicación y establecen un porcentaje máximo de rechazos mediante los cuales calificarán el servicio y tomarán correctivos para evitarlos (sanciones); **17)** No podía ausentarse de su zona- norte- en caso de estar en turno; **18)** Las asignaciones para 2019 podían presentarse entre las 8:00 A.M. y las 8:00 P.M., pudiéndose prestar servicios, incluso después de la última hora señalada; **19)** Para cumplir con sus funciones debía trasladarse a cualquier lugar, hora o día en su propio vehículo, bajo su propio riesgo, al lugar del siniestro, dentro en un tiempo máximo de 30 minutos, atender el siniestro y reportar la información del caso, que incluía datos de llegada al lugar del accidente, concepto de responsabilidad, acuerdo, realización de informe de tránsito, cancelación de asistencia, cantidad de perjudicados, así como la documentación soporte, concluyendo con la suscripción de un formato que probara el servicio prestado; **20)** Para tomar vacaciones, licencias y otros, se debía hacer una solicitud de descanso especialmente en los cronogramas de enero, junio, semana santa, diciembre, y receso escolar de octubre; **21)** El 14 de agosto de 2019 le notificación la terminación de su contrato a partir del 15 de septiembre del mismo año, sin que hubiera podido agotar el debido proceso y el derecho de defensa; **22)** Entre el 16 enero y el 24 de abril de 2016 se le expidió incapacidad por un término 98 días con ocasión del nacimiento en la semana 37 de su hijo nacido vivo, incapacidad que no pudo cumplir en su totalidad, pues si dejaba de trabajar no percibía ingresos; lo que también ocurrió con la incapacidad por un término de 126 días, del 30 de septiembre de 2017 al 02 de febrero de 2018 con ocasión del nacimiento en la semana 38 de su hija nacida viva; y **23)** Para el pago de sus salarios debía presentar cuentas de cobro, respecto a lo que se le hacían deducciones por retención en la fuente e ICA.

2. Respuesta a la Demanda.

OPERACIONES GENERALES SURAMERICANA S.A.S. (contestación archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la celebración de un contrato de prestación de servicios y sus extremos temporales; la obligación de la demandante que para cada servicio que hubiese prestado, diligencie el formato de recepción del servicio como prueba de certificación de prestación de este, el cual debía ser avalado, certificado y firmado por los clientes; la posibilidad de monitorear el servicio de la trabajadora y la trazabilidad en la ejecución del mismo; la obligación de portar escarapela de identificación, uniforme y chaleco ante los clientes; la disposición y asignación de servicios a través de un chat laboral en whatsapp en un grupo denominado Asistencia Bogotá; la terminación del contrato efectuada el 14 de agosto de 2019, con efectos a partir del 15 de septiembre del mismo año; y los descuentos que realizaban por concepto de retención en la fuente e ICA.

Adujo que realizó un proceso de contratación, asignándose el correspondiente contrato de prestación de servicios a la demandante; que la labor ejecutada por la actora lo era de forma autónoma e independiente; que, dentro del anterior contrato, le correspondía a la demandante asumir su seguridad social; que la demandante presentaba cuentas de cobro para que le fuera reconocido el pago de sus honorarios; que los cronogramas eran elaborados por los propios contratistas; y que lo único que ejecutó fueron labores de coordinación y no de subordinación, frente a los servicios que desplegó la demandante.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló, luego de hacer mención de los diferentes medios probatorios que, si bien se encuentra acreditada la prestación del servicio, puesto que la demandante fue vinculada mediante contrato prestación de servicios, se logró desvirtuar el elemento de subordinación, pues en su condición de abogada conocía las condiciones de su vinculación, se afilió a seguridad social por cuenta propia, presentaba cuentas de cobro, recibía honorarios, y el servicio dependía de cronogramas, zonas y disponibilidad que la misma demandante señalara, por demás que el servicio de esta dependía de que surgiera algún servicio y no se realizó

ningún tipo de manifestación en cuanto a su condición de subordinada; que de la documental, especialmente del chat de *whatsapp*, no se logra colegir subordinación, por el contrario únicamente se verifican instrucciones que no implicó ningún tipo de imposición, *ius variandi*, o sanciones.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** expuso que obra suficiente material probatorio para determinar la existencia de una relación laboral y que en ningún momento se desvirtuó la presunción de contrato realidad, por el contrario, se acreditó la subordinación; que no se hizo un estudio del testigo de la parte actora, por demás que en su práctica se le dijo que únicamente se podía referir a la demandante, no siendo así con los testigos de la demandada; que la condición de abogada de la actora no resta que, se pueda estar frente a un contrato de trabajo, en suma, a que si bien se inició con un contrato de prestación de servicios con el transcurrir del tiempo, esta modalidad se fue desdibujando con órdenes, amenazas, y cuando se intentó hacer una reunión le terminaron su contrato; que tener una profesión liberal no implica conocer que fuera a ser contratada en un tipo de relación diferente al que en realidad se presentó; y que es evidente la subordinación, que hacía parte del engranaje, que hacía parte de la oficina jurídica, y que estaba subordinada al Gerente General.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable considerar que el contrato de prestación de servicios que celebraron las partes en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas se trata de un contrato de trabajo?

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.

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; por lo que, con independencia de que la parte actora hubiere consentido la celebración de un contrato civil, al ser considerada la parte débil de la relación laboral, sí aparecen acreditados tales presupuestos, se estará en presencia de un contrato de trabajo.

Ahora, resulta pertinente resaltar que los contratos de prestación de servicios, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, no está vedada una coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes o establecer medidas de supervisión o vigilancia, siempre que dichas acciones no desborden su finalidad, y conviertan tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo (CSJ SL609-2022).

Para dar mayor claridad al respecto, se trae a colación que la Recomendación 198 de la O.I.T. que compila un haz de indicios que permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza, si entre las partes existió una relación laboral encubierta (CSJ SL4479-2020). De esta manera, se estará frente a un contrato de trabajo cuando se presente alguno o varios de los siguientes escenarios:

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

trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)".

Descendiendo al caso, se encuentra que entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios, mediante el que la demandante se comprometió a brindar asistencia a los clientes de la demandada (fls. 33 a 85 del archivo 01). En igual sentido, en las certificaciones de folios 116 a 118 se estableció que el servicio que prestaba la demandante consistía en asistir clientes asegurados de la demandada en trámites contravencionales ante los diferentes organismos de tránsito y penales preliminares, misma circunstancia que fue narrada por los testigos comparecientes a juicio, Mario Ernesto Niño Gil, Henry Fernando Fernández Echeverry, Jesús Antonio Campo y Claudia Yanet Zuluaga Patiño.

De esta manera, para la Sala es claro que se encuentra acreditado el elemento de la prestación del servicio, por lo que le correspondía a la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación.

Sobre el tópico, encuentra la Sala que compareció a juicio en calidad de testigos **Henry Fernando Fernández Echeverry, Jesús Antonio Campo y Claudia Yanet Zuluaga Patiño**, quienes fueron claros en manifestar que los eventos del contrato en los que participaban los abogados como asistentes eran fortuitos, puesto que la asesoría se presentaba cuando habían accidentes de tránsito; que la forma de contactar los abogados en principio era por teléfono, les consultaban su disponibilidad y no podían prestar el servicio, contactaban a otro abogado; que entre 2017 y 2018 llegó una aplicación tecnológica similar a Uber o Rappi, de nombre Click, y en esta *app* se señalaba la disponibilidad, llegando los servicios de acuerdo con la localización; que no había consecuencias si no podían prestar los servicios; que podían estar prestando servicios para otras aseguradoras; que se fueron creando chats para organizarse entre los abogados y poder atender las solicitudes que llegaba; que si bien se les impartían capacitaciones eran esporádicas y, era para conocer las pólizas o los productos, eran temas informativos; que no había jornada; que las quejas de los usuarios eran frente a la aseguradora misma; que no fueron objeto de sanciones; que la disponibilidad se refería a la posibilidad de estar activo, y de si el abogado podía asistir; que entre los abogados se realizaba una coordinación que era

incluso a nivel nacional; que el cronograma era especialmente para determinar los días y zonas que más le convenían a cada abogado, lo que hacían entre ellos a través de los chats; que debían cumplir unos lineamientos generales, como llegar temprano, y no ir en tenis; que la demandante incluso era administradora del chat “abogados en sitio”; que en el chat también se incluían placas de vehículos, la ubicación de los servicios que se tomaban y se verificaba la disponibilidad para atender los servicios; que también se realizaban comunicaciones por correo electrónico, especialmente por quejas en la prestación de un servicio; que si consideraba la empresa procedente un queja, se informaba la falla, se solicitaba al abogado la información de lo que había pasado con el caso, y si bien habían unas sanciones económicas, esta se aplicaba en unos porcentajes sobre la facturación, lo que nunca ha sucedido; y que si la actora decidía una fecha y no podía, se buscaba otro abogado que cubriera la demanda.

En ese sentido, considera la Sala que la ejecución de la labor era autónoma, en la medida en que la demandante tenía libertad para seleccionar los casos en los cuales prestaba su asistencia y asesoría, gozaba de la opción de no atenderlos, y que sus labores se limitaban al campo de la coordinación, más no de la subordinación, por demás que según CSJ SL1699-2023, las instrucciones dadas por el contratante, y la disponibilidad de la actora es permitido por el tipo de actividad que prestada el demandante, puesto que, la asistencia de siniestros se trata de una actividad que exige un mínimo de disponibilidad y directrices propias en el trato de los clientes de la compañía, acordes con la oferta por aquellos presentada. Al respecto, la aludida sentencia señala:

“En el anterior orden de ideas y con las precisiones realizadas a juicio de la Sala se considera que, en efecto, las instrucciones dadas por el contratante, la exclusividad exigida respecto de no permitir asesorías en relación con otras empresas aseguradoras, así como **la disponibilidad en la atención del servicio se encuentran permitidos dentro de la actividad prestada por el demandante, sin que ello implique subordinación puesto que en la ejecución de la labor, la asistencia de siniestros de por sí se trata de una actividad que exige un mínimo de disponibilidad y directrices propias en el trato de los clientes de la compañía, acordes con la oferta por aquellos presentada.** La ejecución de la labor se evidencia autónoma en la medida en que, conforme lo encontró probado la juez de segunda instancia, **tenía libertad para seleccionar los casos en los cuales prestaba su asistencia y asesoría**, pues así se estableció al valorar las declaraciones que obran en el proceso, ya que los casos eran relacionados en un chat en

la aplicación *whatsapp* y el profesional atendía el mismo, **teniendo también la opción de no atenderlos.**

Si bien en el caso que ocupa la atención de la Sala es claro que el desarrollo de la actividad permitía al demandante una autonomía y libertad en el desarrollo de la actividad contratada, no en el sentido estricto de desatender los parámetros de su ejecución, sino de **otorgarle la libertad de atender y asistir, o mejor escoger en el rango geográfico designado, para mayor claridad, existía una potestad de selección de los casos de los que se ocuparía,** aspecto que para la Sala permite entender que existía autonomía y libertad en el desarrollo de su actividad, empero, una vez escogido el caso, se le exigía la atención conforme con los parámetros de las compañías demandadas.

(...) Las precedentes manifestaciones permiten a la Sala concluir que no existen elementos de juicio que controviertan o derruyan esa autonomía en la selección de la actividad, por parte del demandante, conclusión a la que también llegaron los jueces de instancia, luego no se evidencia la existencia de un contrato de trabajo como pretende hacerlo ver el recurrente, lo cual no se desprende de las documentales denunciadas, lo anterior aunado al hecho de que el Tribunal le otorgó mayor peso a las declaraciones obrantes en el proceso, lo cual resulta válido conforme la prescripción contenida en el artículo 61 del CPTSS.

En el anterior orden de ideas, las pruebas denunciadas no demuestran que las empresas disponían de la libertad de asignar y retirar al demandante de un caso. Los elementos asignados, las directrices y coordinación en la actividad desplegada propia del sector asegurador y ejecutada en este caso por el actor, si bien constituían parámetros de ejecución en la labor de asistencia y consulta del cliente, no imponían la atención de un caso determinado, de tal manera que el profesional podía escoger los eventos en los cuales participaría, sin que inclusive, se especifique un mínimo al mes, o en determinado tiempo, sencillamente, en sus honorarios se crearon incentivos respecto de los siniestros atendidos”.

De esta manera, la Sala considera desvirtuado el elemento de la subordinación, por demás que el acervo probatorio restante, también se encuentra restringido al campo de una mera coordinación, a la evidencia de instrucciones o lineamientos generales dadas por el contratante, y a la disponibilidad de la actora, que como se dijo, es permitido por el tipo de actividad que prestada, sin que se encuentra debidamente acreditado que la demandante hiciera parte de la estructura empresarial de la demandada.

En efecto, el testimonio de **Mario Ernesto Niño Gil** señala que, la actora asistía a reuniones y capacitaciones propias de la operación; la disponibilidad que debía tener en la prestación de sus servicios, siendo monitoreada las 24 horas; que en el chat “asistencia Bogotá” se notificaban servicios; que desconoce si había consecuencias para la demandante en caso de no poder asistir a las diligencias; que el seguimiento de las

obligaciones de la actora le constaban por comentarios de esta; que el tipo de órdenes que recibían en el chat se limitaban a cómo ubicarse, y cómo tomar el servicio; que en los correos electrónicos lo que se solicitaba eran los informes para poderlos subir a las plataformas de la demandada; que no puede precisar si a la demandante le impusieron alguna sanción o instrucción; y que si no se podía asistir, la demandada con eso organizaba su cronograma.

Así mismo, la Sala verificó el contrato de prestación de servicios antes referido, encontrándose nuevamente que, el papel de la demandada se limitaba a las directrices y coordinación en la actividad desplegada propia del sector asegurador y ejecutada en este caso por la actora, sin que se verifique que los servicios que prestaba era impuestos por la demandada, por demás que se le permitía a la demandante ser autónoma en el tiempo invertido en su trabajo.

Ciertamente, en dicho documento se establece que las asistencias se realizaban de forma autónoma e independiente; que la disponibilidad del servicio podría ser monitoreado, así como su trazabilidad; que la demandante cuando prestaba sus servicios no estaba atada exclusividad con la demandada; que la accionante debía acatar el cumplimiento de protocolos y políticas básicas de operación para los servicios de asistencia, así como los procedimientos y niveles de servicios de tipo de servicio; presentar informes; cumplir las políticas de seguridad informática y física; ser objeto de monitoreo mediante el uso de herramientas tecnológicas que permitiera su ubicación satelital, para garantizar la trazabilidad y la prestación adecuada del servicio; comunicar periódicamente toda situación que afectara la disponibilidad del servicio propio o de su personal; comunicarse con un interlocutor para la adecuada gestión de sus servicios y celebrar reuniones con este; acudir a capacitaciones; y ser objeto de visitas e inspecciones a las locaciones donde prestaba sus servicios, así como de auditorías.

De igual manera, llamó la atención de la Sala los Protocolos y Políticas Básicas de Operación para los Servicios de Asistencia, en donde se establece expresamente *“A. LA CONTRATISTA estará disponible para la prestación de*

los servicios de asistencia, las veinticuatro (24) horas del día, los siete (7) días de la semana y durante todo el año”; empero, y como quedo visto conforme CSJ SL1699-2023 este tipo de disponibilidad es propia de este tipo de contratos y, por ende no resulta indicativo de subordinación, por demás que como quedó acreditado, la actora podía establecer las fechas en las que prestaría sus servicios, zonas y turnos.

Así mismo, de dichos documentos no se encuentra que la demandante fue sancionada u objeto de proceso disciplinario alguno, por demás que, de la terminación del contrato, tampoco se logra avizorar que tal decisión tuviera que ver con la inadecuada prestación de sus servicios (fls. 120 y 121 del archivo 01)

En igual sentido, los correos electrónicos de folios 87 a 94, 97 a 113, del archivo 01, únicamente dan cuenta de la coordinación que se efectuaba entre la demandada y sus asistentes para la adecuada cobertura y prestación de un servicio a los clientes de la aseguradora, lineamiento generales, información acerca de la forma de funcionamiento del aplicativo click, la forma de aceptación de servicios a través de dicha *app*, información del personal que se contaría para realizar los respectivos cronogramas, modificaciones en políticas y protocolos de la aseguradora, la posibilidad que tenían los abogados de organizar sus turnos así como que incurrieran reiteradamente en rechazos de servicio; misma información que puede extraerse de los correos electrónicos obrantes en la carpeta MAILS visible en la carpeta 012.

Así mismo, de las conversaciones de *whatsapp* visibles a folios 134 a 187 del archivo 01, lo que se logra derivar es que los abogados podía elegir sus servicios, confirmando su correspondiente disponibilidad; las reglas para tomar un servicio y los lineamientos que se debían cumplir para acudir a los mismos; la coordinación para contar con suficientes abogados con cobertura en zonas y días, así como que no se sobrepasen estos, especialmente abogados acudían a servicios fuera de su zona o no se prestaban servicios pese a informarse una disponibilidad previa; mensajes que fueron objeto de peritaje para asegurar su autenticidad (fls. 188 a 208 del archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00433 -01.

Demandante: **LAURA YOLANDA BELTRÁN MOGOLLÓN.**

Demandado: **OPERACIONES GENERALES SURAMERICANA S.A.S.**

Dicha coordinación también puede verificarse en las diversas copias de cronograma, proyectos de cronogramas, rotación de abogados, y rotación cronogramas allegadas a la carpeta ANEXOS visible en la carpeta 012, y en las que se verifica que los abogados, y en específico, la demandante podía establecer la disponibilidad de sus turnos así como las zonas donde prestaría sus servicios de asistencia.

De esta manera, considera la Sala que, no es dable considerar que se está frente a un contrato de trabajo, motivo por el que se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia 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. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2021-00433 -01.
Demandante: **LAURA YOLANDA BELTRÁN MOGOLLÓN.**
Demandado: **OPERACIONES GENERALES SURAMERICANA S.A.S.**

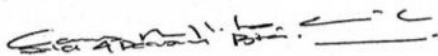
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00476 -01.

Demandante: **JORGE ANDRÉS RACHE SÁNCHEZ.**

Demandado: **BANCOLOMBIA 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **JORGE ANDRÉS RACHE SÁNCHEZ** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 29 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que el recurrente adelanta contra **BANCOLOMBIA S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 03 de septiembre de 2007 al 17 de octubre de 2018; y que la relación laboral finiquitó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización por despido sin justa causa convencional y legal.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** El 03 de septiembre de 2007 fue contratado por la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido; **2)** Desempeñó diversos cargos a favor de la demandada; **3)** Al momento de su retiro estaba encargado de uno de los proyectos más importantes el área de negocios especiales, la puesta

a punto de los Robots de Procesos Automáticos- R.P.A.; **4)** El 19 de abril de 2018 se le ordenó que asumiera el reemplazo de forma inmediata para cubrir una calamidad doméstica de uno de sus compañeros, no obstante, para tal cargo no contó con la debida capacitación; **5)** Por orden de su superior se omitió la entrega y recibo del cargo; **6)** En el área de pago se efectuaban los proceso de recepción de operaciones, pertinencia de los pagos, cumplimiento, cierre y validación de operaciones; **7)** El 16 de abril de 2018 recibió Orden de Operación General del Cliente Vías de las Américas S.A.S., donde ordenaron el depósito judicial de proceso de expropiación ficha predial VA-23-06-01-021 Planeta Rica Montería, con número de cuenta judicial No. 23-555- 31-00-001-2015-00236-00, por la suma de \$315.109.138.90; sin embargo, en el proceso de recepción de la Orden de Operaciones no se percató que el formato de consignación se encontraba mal diligenciado; **8)** Teniendo como base la plataforma de consulta del Banco Agrario obtuvo el código No. 235555068001 a nombre de la entidad 001 SEC UNICA DE PLANETA RICA y código interno del despacho o ente No. 235556068001; operación que se realizó el 19 de abril de 2018, día en cuestión en el que se presentó caída de los aplicativos con los cuales se procesaban las operaciones, lo que causo retraso y acumulación en el procesamiento de los pagos causando traumatismo en los mismos, para el momento de cierre de los parámetros en los aplicativos del proceso; **9)** Dicho proceso era particularmente diferente al proceso que se realizaba para cumplir con los demás pagos; contó con un control dual; **11)** En el día mencionado y por instrucción de la jefe directa, tuvo que realizar la construcción de un informe de retransmisión 351 a la Superintendencia Bancaria y las tareas de dos cargos simultáneamente, el cargo en mención y la labor de cierre y validación diaria de operaciones situación que excedía la capacidad laboral y la cual se encuentra prohibida en los acuerdos consignados en la convención colectiva de trabajo pactada por superar las condiciones laborales del normal desempeño para un funcionario.; **13)** El 10 de octubre de 2018, el Jefe de Centro Instrucción y Control Región Bogotá, Giovanni Enrique Camero, lo citó a diligencia de descargos para el 12 del mismo mes y año para explicar un presunta inconsistencia presentada en la aplicación de la orden de pago del cliente; **14)** El 12 de octubre de 2018 rindió descargos; y **15)** El 17 de octubre de 2018 se dio terminación a su contrato de trabajo.

2. Respuesta a la Demanda.

BANCOLOMBIA S.A. (contestación archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, así como los extremos temporales; los procesos existentes en el área de pagos; la recepción el 16 de abril de 2018 de la Orden de Operación General del Cliente Vías de las Américas S.A.S., por la suma de \$315.109.138.90; la terminación del contrato de trabajo efectuada el 17 de octubre de 2018;

Adujo que el demandante se encontraba asignado al área Sección Servicios de Pagos Fiduciarios, en donde incurrió en la grave falta de procesar erróneamente un pago, incumpliendo el procedimiento “PROCESAR PAGOS DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS”, pues *motu proprio* y sin consultar con su superior procedió a completar en forma errada el pago a una cuenta de depósitos judiciales, generando afectación económica al cliente de la Fiduciaria y al Banco, así como causando reprocesos al interior de la operación, causando un daño reputacional al banco; y que el demandante estaba plenamente facultado para realizar la operación.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que está acreditado el hecho del despido con la carta de terminación, así como la justa causa de terminación, como quiera que del acervo probatorio recaudado es posible establecer que, el demandante incurrió en una falta grave de sus obligaciones contractuales, ya que, realizó una transacción de un depósito judicial en una dependencia diferente a la que informó el cliente, ante la falta de certeza del número de la cuenta judicial no procedió a su devolución, no consultó a sus superiores jerárquicos, recibió capacitaciones según informó en capacitaciones e interrogatorio de parte y había ejercido cargos

similares en su condición de Supernumerario, contando con una experiencia de más de siete años; que los testigos de la demandada, se estudiaron de conformidad con el principio de la libre formación del convencimiento y únicamente en lo que se fijó el litigio; que el despido se realizó con inmediatez, puesto que desde que tuvo conocimiento de los hechos efectuó tal terminación en un término prudencial; y que la gravedad de la falta no está supeditada al perjuicio que se genere.

4. Argumentos de la Recurrente.

La **parte actora** expuso que no se valoraron de forma suficiente la totalidad de las pruebas, así como la prueba que se solicitó de oficio donde la parte afectada, el Consorcio, dijo que había sido culpa de ellos; que si bien es cierto existió un control dual no es posible que luego de seis meses, el banco tenga unos soportes y señale un error que no fue de mala fe ni con el fin de obtener un beneficio; que cuál era el control dual del banco, si no se da el aviso al banco, quien supuestamente tiene dos controles, cuántas operaciones más habrán sido efectuadas de esa manera; que no hubo mala fe, sólo el actuar no consultar al superior inmediato; que en las testimoniales quedó claro el control dual, pero cuál fue el visto bueno; que no se tuvo en cuenta que la operación se realizó a las 20 horas y que si no se hacía tal actuar ese día se incurría en una moratoria; y que del control, qué pasó con la confirmación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Es dable considerar que el demandante incurrió en una justa causa de despido?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

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, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la *litis* le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y 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 del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las CSJSL592-2014, y CSJSL2386-2020.

Al punto, encuentra la Sala que la terminación del contrato se justificó con la carta obrante a folios 16 a 18 del archivo 10, en donde se informó:

“a raíz de una reclamación recibida por la Fiduciaria a través de un correo electrónico de fecha 18 de septiembre de 2018, en el cual el cliente identificado con el NIT 900 373783 manifiesta que el pago que solicitó realizar el 19 de abril de 2018 por valor de \$315.104.010.00 se efectuó a una cuenta errada, y con ocasión a ello se realizó una investigación de lo sucedido y allí se

Demandante: **JORGE ANDRÉS RACHE SÁNCHEZ.**

Demandado: **BANCOLOMBIA S.A.**

estableció que usted en el ejercicio de sus funciones como supernumerario, recibió de parte del cliente la solicitud del pago y procedió a realizarla en el portal web del Banco Agrario (Depósitos Judiciales) a una cuenta distinta a la que el cliente había registrado como destinatario de la operación, con el agravante que la cuenta a la cual usted envió los recursos erróneamente pertenecían a una entidad pública que por su naturaleza no autorizó el reintegro inmediato de estos recursos, es más, a la presente fecha no se ha podido recuperar este dinero y es incierto el tiempo que esta gestión pueda demorar.

En efecto, el cliente en referencia es atendido desde la ciudad de Medellín y se trata de una concesión vial cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria depositando en nosotros la confianza y responsabilidad en sus órdenes de pago. Teniendo como base este pilar, el cliente en el ejercicio de su actividad requiere comprar unos predios por donde pasará la carretera y para ello le exigen realizar el pago a una cuenta judicial en el juzgado indicado en el documento soporte. Cuando llega el documento para la debida gestión, usted identifica que en el formato el número de cuenta judicial se encuentra incompleto y que en el anexo se encontraba el nombre del juzgado, por lo que según usted mismo informó, procedió a revisar en la página del Bando Agrario que cuentas coincidían con el nombre indicado por el cliente, decidiendo de esta manera la cuenta a la cual enviaría el pago sin consultarlo con su jefe inmediato ni con ningún otro compañero del área, ni mucho menos con el cliente ordenante de la operación.

(...) La falta cometida por usted al enviar los recursos a una cuenta errada no sólo puso en entredicho la confiabilidad de la Fiduciaria, sino que generó reprocesos en diversas áreas que estuvieron involucradas para poder identificar lo sucedido y gestionar por parte del área jurídica del Banco la solicitud de reintegro del dinero.

Sumado a lo anterior, fue necesario escalar el tema al Presidencia de la Fiduciaria con el fin de obtener su autorización y así reintegrarle al cliente de forma inmediata los recursos trasladados por error y subsanar la inconsistencia presentada con el pago que había solicitado desde el mes de abril, materializando de esta manera una cuantiosa pérdida económica para la Organización, por lo menos hasta tanto no se puedan recuperar dichos recursos, de más de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS, que como se indicó corresponde un lapso determinado.

Con su experiencia en el área, en las actividades desempeñadas y las diferentes capacitaciones recibidas para el ejercicio de sus funciones, usted debió atender lo descrito en el procedimiento PROCESAR PAGOS DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS, donde se indica "...Ingresar a los diferentes habilitados para procesar pagos de las cuentas de depósitos y proceder con la dispersión de los recursos solicitados en las órdenes de pago, teniendo en cuenta los siguientes aspectos..."

Al evidenciar que la información no se encontraba completa para realizar el procedimiento, usted debió haber rechazado la operación e informar a las personas responsables del seguimiento.

Para los líderes del área y quienes acompañan su gestión en el día a día, resulta sorpresivo los hallazgos anteriormente descritos, pues usted es una persona con un tiempo importante en este cargo y puso en riesgo un alta suma de dinero que tuvo que ser cargada al patrimonio de la Fiduciaria, generando altos reprocesos para subsanar el error, afectando cuentas que administran recursos públicos y deteriorando la imagen de confiabilidad que esperamos tener frente a nuestros clientes.

(...) Respecto a la afirmación que usted hace sobre el control dual que tiene estas operaciones, vale la pena aclarar que dicha transacción valida datos como Valor Cuenta a debitar, fecha, Nit, descripción y referencia, dejando nuevamente en evidencia que bajo su responsabilidad correspondía la validación de la cuenta correcta a acreditar de lo cual es inaceptable en razón a la antigüedad que usted lleva ejerciendo su cargo y más por constituir una obligación que le compete como trabajador, tal como se estipuló en su contrato de trabajo.

Con el anterior resumen de hechos se evidencia claramente que su proceder atenta contra los principios y normas establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo del Banco, en el manual de procedimiento de la entidad y en las instrucciones impartidas por sus superiores, para el correcto registro de este tipo de operaciones, de las cuales usted, por su experticia en el desarrollo de sus funciones debía tener conocimiento (...)."

De esta manera, la Sala acude al contrato de trabajo, en el que se avizora que el actor fue contratado el 30 de agosto de 2007 a fin de desempeñar el cargo de Auxiliar de Impuestos II (fls. 88 a 92 del archivo 10); no obstante, conforme a la certificación de folio 210 del archivo 15 el último cargo que desempeñó fue el de Supernumerario.

Ahora bien, en interrogatorio de parte el demandante informó que su función principal era la de reemplazar a compañeros en sus ausencias, que prestó sus servicios en tal cargo durante siete años, que estaba en el equipo de cumplimiento monetario y, que dicho equipo es el único que tiene acceso al portal de pago.

Dicho ello, encuentra la Sala que el 18 de abril de 2018 se constituyó la orden de operación general N°7045 por valor de \$315'109.138, determinándose que se trataba de una comisión por depósito judicial de proceso de expropiación ficha predial VA-Z206_01-021 Planeta Rica Montería Radicado N° 23-555-3169-001-2015-00238-00 y que este pago se debía realizar por débito a la cuenta mencionada como transferencia al Banco Agrario; pago que se realizó el 19 de abril de 2018 a una cuenta diferente de la requerida por el cliente, quien señaló que debía ir dirigida al Juzgado Promiscuo de Planeta Rica (fls. 2 a 5 del archivo 10)

Frente a la anterior irregularidad fue citado el actor a rendir descargos para el 12 de octubre de 2018, calenda en la que el demandante también allegó un escrito señalando que había realizado la operación anteriormente

narrada, así como las particularidades que lo llevaron a realizar el pago de una cuenta diferente, esto es, en síntesis, que tuvieron dificultades con el aplicativo GESTOR, que el número de cuenta estaba incompleto dentro del título, que ubicó en el cuadro Excel establecido por el banco el número de cuenta, que tal procedimiento no generó ningún tipo de inconsistencia, y que en todo caso existía un control dual (fls. 13 y 15 del archivo 10).

Por otra parte, en la aludida diligencia de descargos el demandante señaló que recibió capacitación para el ejercicio de su cargo (fls. 9 a 12 del archivo 10); versión que extendió en interrogatorio de parte y en el que manifestó que se le explicó durante 40 minutos cómo ingresar al aplicativo y como procesar órdenes de pago; que le realizaron capacitación del proceso del cumplimiento monetario en el mes de abril de 2017 por parte de la seccional Medellín; que el procedimiento que debía seguir el funcionario cuando el número de cuenta proporcionado por el cliente está erróneo es revisar los comprobantes, soporte, y validar en una base de datos de Excel del Banco Agrario; que fue quien realizó la operación narrada con anterioridad; y que el yerro que se le endilga acaeció cuando estaba en el área de cumplimiento monetario, que es la única autorizada para realizar pagos.

Así mismo, del testigo Luis Felipe González Gutiérrez se puede colegir que el actor tuvo un error operativo en el pago en estudio, que existía otro cargo que tenía funciones similares a las del actor y que él las ocupó a lo largo de su relación laboral. Por su parte, si bien el testigo Yesid Orlando Sierra expresó que el demandante no fue debidamente capacitado, también lo es que dicha aseveración la realizó por cuanto el mismo demandante le comentó, por lo que, en tales condiciones frente al ejercicio del cargo, tal testigo es indirecto y, por ende, su dicho no resulta lo suficientemente certero para justificar el yerro en que incurrió el demandante.

Del mismo modo, comparecieron a juicio los testigos Lady Otelo Pulido y Johana Andrea Cárdenas quienes fueron contundentes en señalar que, el rol como Supernumerario del proceso de cumplimiento monetario del actor implicaba, rotar y hacer los reemplazos de los diferentes procesos; que el actor no informó ninguna irregularidad en la transacción ni al coordinador

de área ni a su jefe; que en el área de cumplimiento monetario, el actor estaba en la etapa final de la cadena del proceso, debía hacer transaccionalmente las operaciones, para lo que tiene autorización para manejar los recursos de los clientes; que tenían dos preparadores, auxiliar administrativo, y el supernumerario que era el actor; que al recibir la orden de operación, se debía entrar al portal del Banco Agrario, digitar la cuenta que el cliente especificaba y dispersar los recursos, no obstante, el cliente puso una cuenta incorrecta y el actor al ver que no coincidían debió devolverla; y que pese a lo anterior, el actor no devolvió la orden de operación sino que giró a otra cuenta.

En este punto, se esclarece que los testigos aludidos fueron estudiados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, sin encontrar que sus declaraciones presenten algún tipo de contradicción o que hubieran realizado algún tipo de manifestación que le pueda restar credibilidad.

De esta manera, es claro que con la conducta que desplegó el trabajador, ciertamente, incumplió de manera grave sus obligaciones, quien además debe decirse no sólo contaba con una amplia experiencia como Supernumerario y había ejercido funciones similares, sino que además recibió diversas capacitaciones para el ejercicio de la función del servidor que iba a reemplaza. Por tanto, es claro que la transacción que realizó el demandante lo hizo sin tener en consideración el debido cuidado que se debe tener cuando se realizan transferencias de dinero y especialmente cuando se manejan montos significativos, al no observar con el rigor necesario la cuenta judicial a donde debía dirigir los correspondientes dineros; actuar con el que no sólo se puso en riesgo el patrimonio del banco, sino que también se generó una afectación en su buen nombre y/o reputación.

Además de ello, el reglamento de trabajo, numerales 5° y 11° del artículo 59, establece como obligaciones especiales a cargo del trabajador *“Comunicar oportunamente al Banco las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios”,* y *“Utilizar en forma racional y sensata los elementos, herramientas o equipos de trabajo y demás recursos*

que el Banco ponga a su disposición para el cumplimiento de las labores". Asimismo, los literales c) y d) del artículo 67 ejusdem señala que se califican como graves y da lugar a la terminación del contrato "Poner en peligro, por actos u omisiones, la seguridad de las personas o de los bienes del Banco o de los bienes de terceros confiados al mismo" y "No cumplir oportunamente las prescripciones que para la seguridad de los locales, los equipos, las operaciones o los dineros y/o valores de la empresa o que en ella se manejan, impartan las autoridades del Banco". (fls. 41 a 83 del archivo 15).

Al respecto, se rememora que cualquier falta que se establezca como grave en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que, si se califica en ellos de grave – como en este caso - constituye justa causa para dar por terminado el contrato y no le es dable al juez calificar la gravedad de la falta, es decir no puede entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta o desconocer esa calificación (CSJ SL1212-2022, CSJ SL5474 de 2019, CSJ Rad. 4005 del 31 de enero de 1991).

Así las cosas, que el demandante incurrió en una falta grave a sus obligaciones, sin que se avizore prueba alguna en la que se pueda establecer que las actuaciones por las que se le termina el contrato al actor son atribuibles a terceros, pues aunado a que no existe ningún tipo de aceptación en tal sentido, de los testimonios de Lady Otelo Pulido y Johana Andrea Cárdenas se pudo establecer que el denominado control dual que se hacía al interior del banco, quien tenía a su cargo la obligación de determinar y revisar la cuenta a la que se girarían los dineros recaía en cabeza del actor, pues quien realiza el rol de aprobador no puede entrar en el detalle de la transacción y sólo revisa el valor total así como el negocio a donde se tiene que girar.

Del mismo modo, la Sala considera que existió inmediatez, pues el conocimiento del yerro en que incurrió el demandante sólo se conoció el 18 de septiembre de 2018 a través de una comunicación remitida por el cliente Vías de las Américas S.A.S. en donde se hizo alusión a que el dinero que consignaron mediante depósito judicial se consignó a una cuenta equivocada (fls. 189 a 191 del archivo 15); por lo que, al ser despedido el

demandante es claro que no ocurrió un tiempo considerable desde que tuvo tal conocimiento y el despido, que se itera, lo fue el 17 de octubre de 2018.

De igual manera, señala el recurrente que no se tuvo en cuenta que la operación se realizó a las 20 horas y que si no se hacía tal actuar ese día se incurría en una moratoria; aspecto que en ningún momento se demostró, pues si bien la operación se realizó a las 7:57:07 P.M. no obra prueba alguna que permita establecer que el demandante se encontraba en mora de realizar tal operación, o que hubiere recibido algún tipo de presión para efectuar la misma de forma inmediata; mismo razonamiento que se puede colegir de lo expuesto por el demandante en su demandante en cuanto a presuntas intermitencias y problemas en el sistema operativo de pagos, puesto que no existe constancia de queja alguna que sea de una fecha cercana, en la que se establezca tales irregularidades, por demás que tampoco se acreditó que tal situación hubiera podido generar el desvío de dineros a una cuenta judicial diferente ni el impacto que tendría dicho escenario.

Finalmente, no sobra recordar que, CSJ Rad.13398 del 09 de mayo de 2000 reiterada en la CSJ SL232-2020 ha establecido que cuando el trabajador incurre en una violación grave de sus deberes no es necesario que se materialice un perjuicio patrimonial o que exista intencionalidad del trabajador, basta con la acreditación de la falta grave.

De esta manera, es claro que el trabajador incurrió en una justa causa de despido y que está fue debidamente acreditada por el empleador, por lo que, se CONFIRMARÁ.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia 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**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00476 -01.

Demandante: **JORGE ANDRÉS RACHE SÁNCHEZ.**

Demandado: **BANCOLOMBIA S.A.**

**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 29 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

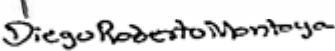
SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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.

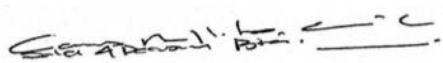
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo del demandante como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2022-0009-01.

Demandante: **NANCY STELLA GONZÁLEZ CRUZ.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **PORVENIR S.A.** contra la providencia que el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 15 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **NANCY STELLA GONZÁLEZ CRUZ** adelanta contra **COLPENSIONES** y la recurrente.

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 PORVENIR S.A. y, que se tenga como afiliada a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. registre en su sistema la ineficacia de la afiliación, devuelva todos los valores que recibió por concepto de la afiliación, tales como aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, y comisiones; y que COLPENSIONES active su afiliación y lo tenga como afiliada a tal fondo.

Demandante: **NANCY STELLA GONZÁLEZ CRUZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR 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.

2. Respuesta a la Demanda.

PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (archivos 16 y 17) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. La primera, también impetró la excepción de compensación.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo 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. dijo que no es dable ordenar la devolución de los dineros de forma indexada, como quiera que esto no fue expresamente solicitado ni fue discutido en el proceso, por demás que estas resultan improcedentes, pues durante el tiempo de afiliación, las cotizaciones se han visto engrandecidos, generándose rendimientos, y no se ha presentado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2022-0009-01.

Demandante: **NANCY STELLA GONZÁLEZ CRUZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

pérdida del poder adquisitivo; y que por lo anterior, es improcedente el pago de los rendimientos y de la indexación de forma simultánea.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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 PORVENIR 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:

¿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 01 de diciembre de 1987 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible en el expediente administrativo (fls. 33 a 38 del archivo 01); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 16 de mayo de 2001 (fl.58 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 (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 58 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de mayo 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 González Cruz se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (16 de mayo 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 la demandante asegura que el asesor únicamente le informó que el I.S.S. se iba a acabar y que se iba a quedar sin 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.

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, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, pues si bien se ordenó que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, valores pagados a primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a pensión de garantía mínima, también se debe devolver los valores pagados por concepto de **bono pensional y comisiones**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Igualmente, se **DISPONDRA** que los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. deben 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 cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos.

Igualmente, no se puede pasar por alto que la imposición de la indexación, es posible realizarla oficiosamente, pues comporta una condena adicional, es erige como una garantía constitucional (art. 53 C.P.), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, en ese orden no implica el incremento del valor de los créditos pensionales (CSJ SL359-2021).

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, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, debe devolver a COLPENSIONES además de las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, los valores pagados por concepto de **bono pensional y comisiones**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2022-0009-01.

Demandante: **NANCY STELLA GONZÁLEZ CRUZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

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.

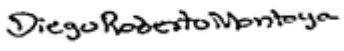
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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.

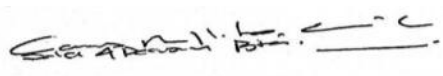
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2022-00055 -01.

Demandante: **PEDRO NEL SÁNCHEZ TAMAYO.**

Demandado: **SEGURIDAD ONCOR LTDA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia que el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 15 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral que **PEDRO NEL SÁNCHEZ TAMAYO** adelanta contra **SEGURIDAD ONCOR LTDA.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 07 de abril de 2019 al 07 de abril de 2020; que el otro sí del 09 de mayo de 2019 es nulo, toda vez se encuentra viciado de engaño y mala fe; y que el contrato terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir por el tiempo faltante para concluir la última prórroga del contrato de trabajo correspondiente al periodo del 31 de mayo de 2019 al 07 de abril de 2020; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) El 07 de diciembre de 2017 ingresó a laborar al servicio de la demandada

a través de contrato de trabajo a término fijo por cuatro meses para desempeñar el cargo de Asistente de Contabilidad con un salario de \$1'926.000; **2)** Su contrato de trabajo tuvo cuatro prorrogas: tres prorrogas de cuatro meses y, una, hasta el 07 de abril de 2020; **3)** La demandada mediante otro sí del 09 de mayo de 2019 modificó la modalidad contractual, esto es, a contrato a término indefinido; no obstante, el 31 del mismo mes y año decidió dar por terminado su contrato de trabajo; **4)** El 13 de junio de 2019 solicitó el pago de su liquidación teniendo en cuenta el contrato a término fijo; **5)** El empleador envió durante la ejecución del contrato a término fijo varias comunicaciones justo antes de cada prórroga automática, manifestando la no renovación del contrato laboral; y **6)** El contrato a término fijo no fue pagada conforme a derecho.

2. Respuesta a la Demanda.

SEGURIDAD ONCOR LTDA. (archivo 11), se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de compensación.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, término, cargo y salario; la celebración de otro sí el 09 de mayo de 2019, en el que se dispuso que el contrato sería a término indefinido; y la solicitud radicada por parte del trabajador el 13 de junio de 2019.

Adujo que no existió mala fe ni engaño en la firma del otro sí del 09 de mayo de 2019, por el contrario, el demandante lo firmó libre y voluntariamente, sin que acredite error, fuerza o dolo; que los contratos tienen intrínseca la libertad de ambas partes en aceptar las condiciones de este; que no se desmejoraron las condiciones del trabajador; que el demandante no fue la única persona dentro del área financiera al que se le cambió la duración del contrato, pues otros compañeros de su área también firmaron otro sí el 09 de mayo de 2019 para cambiar la duración del contrato de trabajo, como lo son, Yenny Andrea Camargo, Lorena Cuervo y José Benjamín Herrera, quienes aún se encuentran vinculados dentro de la compañía; y que pagó la totalidad de acreencias laborales a su cargo.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión señaló que no se suscitó controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, no siendo así con la modalidad contractual; que el actor fue vinculado mediante contrato a término fijo, que mutó en virtud de otro sí del 09 de mayo de 2019 a término indefinido; que aduce la parte actora que al celebrarse tal modificación se incurrió en un vicio del consentimiento, pues el trabajador fue objeto de engaño, sin embargo, del interrogatorio de parte que del demandante tenía conocimiento de la modificación de su contrato a término fijo, lo que en principio implicaría mayor estabilidad laboral; que aunado a lo anterior, aun cuando no se hubiere consignado el efecto retroactivo del cambio de contrato, así se hubiera entendido de conformidad con la legislación laboral, por lo que, la relación en su integridad se entendería regida mediante contrato a término indefinido; que según testigo compareciente la decisión de reestructurar la empresa sólo surgió a finales de mayo de 2019, esto es, con posterioridad al cambio de naturaleza del contrato de trabajo, por demás que señaló que esa modificación obedecía a una situación de contrato emocional, es decir, mayor estabilidad; que además está acreditado el cambio de varios servidores de la demandada, quienes continuaron ejecutando sus cargos; que por lo anterior, no se acreditó el presunto engaño; y que no se advierte que la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa sea errada.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por SEGURIDAD ONCOR LTDA. 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2022-00055 -01.

Demandante: **PEDRO NEL SÁNCHEZ TAMAYO.**

Demandado: **SEGURIDAD ONCOR LTDA.**

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 nulo el otro sí celebrado entre las partes el 09 de mayo de 2019 mediante el que se dispuso modificar la modalidad contractual del contrato de trabajo? y como consecuencia de lo anterior ¿hay lugar al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir entre el 31 de mayo de 2019 al 07 de abril de 2020 a modo indemnizatorio?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Cambio de Modalidad Contractual. Vicios del Consentimiento.

CSJ Rad. 54003 del 24 abril de 2012, CSJ Rad. 54660 del 21 de noviembre de 2017 y CSJ SL4909-2020 ha enseñado que en el marco jurídico que regula las relaciones laborales, el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley; que la vinculación de trabajadores a través de contratos de trabajo a término fijo, goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina; y que si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informarlo mediante preaviso con 30 días de antelación al plazo pactado.

De esta manera, es claro que el empleador podía acudir a la modalidad contractual que más le conviniera, ya fuera un contrato de trabajo a término fijo o un contrato a término indefinido, como sucedió el caso de estudio donde el demandante fue inicialmente vinculado mediante contrato a término fijo (fls. 5 a 13 del archivo 01).

Ahora bien, una vez el empleador y el trabajador establecen la modalidad contractual, tal circunstancia no implica que esta deba ser imperativamente la que deba regular toda la relación laboral, por el contrario, las partes de dicho contrato pueden fijar una modalidad diferente, para lo cual debe tenerse presente que el trabajador ante un requerimiento del categoría no está obligado a suscribir ni a asentir tal cambio, de modo que, lo que fulgura como necesario para lograrse un acuerdo de tales características es el consentimiento del trabajador.

En ese sentido, CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015 y CSJ SL787-2021, ha expuesto que, cuando se alega un vicio del consentimiento, estos deben estar suficientemente acreditados en el juicio, sin olvidar en todo caso que, cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, y teniendo en cuenta que el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, se requiere una especie de acción afirmativa que procure aminorar la diferencia sustancial que caracteriza el vínculo. Por tal razón, en los casos en que se debaten cuestiones como la que ocupa la atención de la Sala, el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad.

Así mismo, en tales sentencias se establece que los vicios del consentimiento no se pueden presumir por el juez laboral, sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que *“con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso”*

Dicho lo anterior, se avizora que la parte actora alega que fue objeto de engaño, ya que, el 09 de mayo de 2019, entre las partes se celebró otro sí, en el que se dispuso el cambio de naturaleza del contrato de trabajo, estableciéndose que sería a término indefinido, no obstante, lo cierto es que tal circunstancia le resultó gravosa, puesto que el 31 de mayo de 2019 le sería terminado su contrato de trabajo; actuar que presuntamente se enmarcaría dentro del concepto de dolo, el cual es *“(...) concebido en sentido amplio como la intención de inferir o causar daño a alguien (art. 63 C.C.), en el negocio jurídico consiste en la maniobra, artificio, engaño, maquinación consciente y deliberada de una parte o sujeto contractual con suficiente aptitud para inducir o provocar un error de la otra parte y obtener su consenso o voluntad en la celebración del acto”*. (CSJ SC Rad. 11001 del 06 de marzo de 2012)

Ciertamente, a folio 22 del archivo 01 se avizora el otro sí aludido, sin embargo, del acto de celebración del mismo no se logra establecer la existencia de algún tipo de engaño, pues por el contrario se dejó constancia que dicho acto se celebraba de forma libre y voluntaria. Igualmente, la única testigo compareciente a juicio, Ileana Alexandra Paris Santos señaló que, tal cambio obedeció que se decidió reconocer un salario emocional a algunos empleados, entre esos, el demandante; que ese salario emocional consistía en hacer el cambio de término fijo a término indefinido para brindar mayor estabilidad; que la idea de restructuración se generó a finales de mayo de 2019, luego de varios comités, en los que surgió la intención de nivelar las ventas; que el cambio del salario emocional se dio porque lo venían pidiendo varios miembros del equipo, les generaba mayor estabilidad; y que los empleados a los que se les dio el salario emocional fue a aquellos que eran más cercanos a ella, jefes de área y analistas, puesto que eran los que tenían mayor conocimiento de la compañía y mayor responsabilidad.

De esta manera, lo que aparece acreditado en juicio es que el móvil para celebrar los otro sí de cambio de modalidad contractual era la intención de generar mayor estabilidad laboral así como el querer de los trabajadores de tener tal modalidad de contrato; mientras que la idea de restructuración se gestó a finales de mayo de 2019 y, luego de varios comités, según lo expone tal testigo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2022-00055 -01.

Demandante: **PEDRO NEL SÁNCHEZ TAMAYO.**

Demandado: **SEGURIDAD ONCOR LTDA.**

Así las cosas, considera la Sala que el material probatorio es insuficiente para establecer que el consentimiento del demandante se encuentra afectado por dolo y/o engaño; ciertamente, para arribar a tal conclusión era necesario desplegar una mayor actividad probatoria que permitiera al juzgador concluir o avizorar que la intención en la celebración de tal otro sí, no era otra que lograr el despido del trabajador, no obstante, y como quedó visto, las razones que se acreditaron fueron otras- estabilidad laboral- (fls. 18 a 20 del archivo 01)

En consecuencia y, dado que el demandante fija sus pretensiones en la ineficacia de tal acto, no es dable acceder a sus pretensiones, máxime si se tiene en cuenta que no se encuentra que frente a la indemnización que fuere pagada a su favor no se observa ningún tipo de irregularidad en su monto (fl.21 del archivo 01).

Por lo brevemente expuesto 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,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2022-00055 -01.

Demandante: **PEDRO NEL SÁNCHEZ TAMAYO.**

Demandado: **SEGURIDAD ONCOR LTDA.**

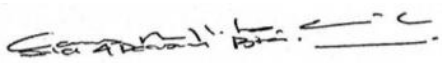
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2022-00434-01.

Demandante: **JUANITA SÁENZ SAMPER.**

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES** contra la providencia que el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 17 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **JUANITA SÁENZ SAMPER** adelanta contra **PROTECCIÓN S.A.** y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o 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. devuelva los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bono pensional, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, y valores utilizados a seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades; y que COLPENSIONES la reciba en la administradora sin solución de continuidad.

Demandante: **JUANITA SÁENZ SAMPER.**

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.

2. Respuesta a la Demanda.

PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES (archivos 05 y 06) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por JUANITA SAENZ SAMPER, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PROTECCIÓN, y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a volver a afiliar a JUANITA SAENZ SAMPER al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

4. Argumentos de la Recurrente.

COLPENSIONES dijo que no se da aplicación integra al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debiendo el fondo resultar afectada por las conductas previstas allí; que conforme precedente de la Corte Constitucional que nadie puede resultar subsidiado con recursos de los demás afiliados, pues esto descapitaliza el sistema; que lo anterior, viola el principio de equidad y justicia material al permitir que personas que no han cotizado se vean beneficiados de un régimen al que no contribuyeron; que en todo caso no se debe permitir que la A.F.P. frente a la condena realice descuentos por

seguros previsionales; que se debe autorizar para que pueda solicitar los correspondientes perjuicios; y que COLPENSIONES ha sido un tercero de buena fe, por lo que se debían reconocer a su favor agencias en derecho.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, 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, 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 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 la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de diciembre de 1983 presenta aportes en tal régimen, según historia laboral visible a folios 280 a 300 del archivo 05; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 27 de diciembre de 1995 (fl.35 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

Demandante: **JUANITA SÁENZ SAMPER.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a PROTECCIÓN S.A. no es menos cierto que dicha demandada allegó pantallazo de su base de datos, en donde se da cuenta del traslado efectuado por la actora el 27 de diciembre de 1995; además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que PROTECCIÓN S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada A.F.P. podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el pluricitado deber de información, sin embargo, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Sáenz Samper se trasladó al régimen de

Demandante: **JUANITA SÁENZ SAMPER.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

ahorro individual con solidaridad (27 de diciembre de 1995) 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 la demandante asegura que no tuvo asesoría alguna, pues en el área de gestión humana donde laboraba le indicaron que la mayoría de trabajadores se estaban afiliados a PROTECCIÓN S.A., sin conocer las consecuencias de tal decisión; 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.

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

Demandante: **JUANITA SÁENZ SAMPER.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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, incluso, en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁN los numerales primero y segundo** de la sentencia, pues si bien se ordenó que PROTECCIÓN S.A. debe devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, rendimientos, sumas adicionales de aseguramiento, y gastos de administración, también se debe devolver los valores pagados por concepto de **bono pensional, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado a pensión de garantía mínima, y comisiones**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

Igualmente, se **DISPONDRA** que los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deben 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).

Demandante: **JUANITA SÁENZ SAMPER.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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, y en cuanto a la posibilidad de accionar por parte de COLPENSIONES contra PROTECCIÓN S.A. en busca del resarcimiento de daños y perjuicios, esta entidad queda en libertad de efectuar las acciones que considere plausibles en razón de los daños que considere se le han generado como consecuencia de la falta de suministro de debida información por parte de su codemandada.

Costas Primera Instancia.

Finalmente, y en lo referente a costas se considera que no es dable reconocer ningún rubro a favor de COLPENSIONES por tal concepto, como quiera que por la naturaleza propia de las costas estas se imponen a favor de quien resultó triunfador en 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,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales primero y segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que PROTECCIÓN S.A. que COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de devolver cotizaciones, rendimientos, sumas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2022-00434-01.

Demandante: **JUANITA SÁENZ SAMPER.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

adicionales de aseguramiento, y gastos de administración, también debe devolver los valores pagados por concepto de **bono pensional, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado a pensión de garantía mínima, y comisiones**; rubros que en su totalidad se deben pagar debidamente **indexados**.

DISPONER que los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deben 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.

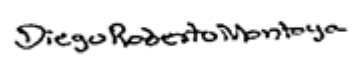
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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.

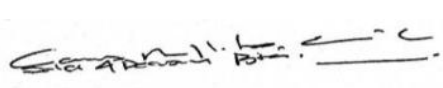
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **la parte actora y COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ** promovió contra **PORVENIR S.A.** y la recurrente restante.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A.; en consecuencia, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

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.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (fls. 2 a 140 del archivo 5 y 2 a 70 del archivo 6) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo ambas la de prescripción y PORVENIR, adicionalmente, la de compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

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 el el (sic) señor **JAIRO CAÑÓN HERNANDEZ** a **AFP PORVENIR S.A.** conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante **JAIRO CAÑÓN HERNANDEZ** para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** como actual y única entidad administradora del RPM

TERCERO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A** a **DEVOLVER** los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado **JAIRO CAÑÓN HERNANDEZ**, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a **COLPENSIONES** y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

La **parte actora** adujo que con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado se debe condenar a la A.F.P. PORVENIR al pago de los gastos de administración y comisiones, teniendo que ser indexadas todas las sumas que se trasladen a COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

COLPENSIONES alegó que el demandante no puede trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, puesto que se encuentra inmerso en la prohibición tácita enmarcada en la Ley; que la decisión genera una afectación al sistema debido que se traduce en una carga desproporcionada para este, por demás que, no hay lesión injustificada al derecho pensional del demandante; que no puede resultar favorecida ni perjudicada con el traslado, pues nada tuvo que ver con la decisión de traslado; y que en caso de ser declarada la ineficacia, la devolución de los dineros a Colpensiones deben ser remitidos todos los rubros, incluyendo seguros previsionales y gastos de administración.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, el cual fue presentado por las partes 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.

3. 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 la A.F.P. PORVENIR S.A. al R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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

3.1. 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.

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 18 de abril de 1990 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 44 a 48 del archivo 06; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. PORVENIR S.A. el 18 de marzo de 1997 (fl.140 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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.

3.2. Del caso concreto.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 140 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 18 de marzo de 1997 con A.F.P. 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*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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. (...)”

Por ello, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Cañón Hernández se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (18 de marzo 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 se indicó que al momento de realizar el traslado, la A.F.P. PORVENIR acudió a las instalaciones del empleador y le señalaron que por ser una mejor opción debía diligenciar y firmar los formularios de afiliación, así como que el fondo público se iba a acabar; 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.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 del fondo 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 financieros y bono pensional, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **los gastos de administración, primas de seguros previsionales y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones;** 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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).

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. 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 financieros y bono pensional, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **gastos de administración, primas de seguros previsionales y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente indexados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2022-00192-01.

Demandante: JAIRO CAÑÓN HERNÁNDEZ

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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.

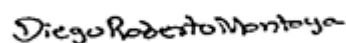
TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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.

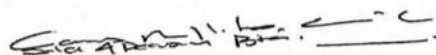
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

1. ASUNTO

La Sala estudia el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA**, contra la providencia que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que la recurrente adelanta contra el **BANCO POPULAR SA**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y hechos.

El demandante pretende de la demandada que se declare la condición de trabajador oficial y, en consecuencia, se condene al pago de las primas convencionales de junio y diciembre durante toda la relación laboral, que esas primas sean declaradas como factor salarial, así como a que se reliquide y pague las prestaciones sociales legales y convencionales y vacaciones, por todo el tiempo laborado. Subsidiariamente, al pago de tales conceptos por los tres últimos años, indemnización moratoria, costas y agencias en derecho.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

Como fundamento de sus aspiraciones, narró unos hechos que se resumen así: que ingresó a laboral con el banco el 28 de febrero de 1984 como trabajador oficial en el cargo de Cajero Auxiliar hasta el 31 de diciembre de 2016, con un último salario básico de \$2.083.130 pesos y un promedio de \$3.728.351 con los cuales liquidó las cesantías, interés a las cesantías, prima de servicios y vacaciones legales y convencionales.

Agregó que el banco se constituyó como una sociedad de economía mixta el 3 de noviembre de 1950 con participación estatal, que los trabajadores fueron oficiales, suscribió varias convenciones con ellos en la que se estipuló las primas convencionales semestrales como factor salarial; que las vacaciones no fueron liquidadas con el auxilio de transporte y alimentación siendo factores que integran el salario, lo mismo que prima convencional de vacaciones, primas de servicios, cesantía e intereses a la cesantía. (fl. 1 al 22 del archivo 01expedientedigital.pdf).

2.2. Respuesta a la Demanda.

Por su parte, una vez notificada la demandada, contestó a la misma y aceptó los relacionados con el tiempo de trabajo con el banco por espacio de 32 años 10 meses y 3 días en el cargo de cajero, así como el pago de las prestaciones sociales referenciadas. No obstante, se opuso a la declaratoria de factor constitutivo de salario las prestaciones sociales enunciadas en la demanda y a la consecuente reliquidación. Propuso como excepciones la de prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, cosa juzgada, cobro de lo no debido y la genérica (Archivo 11contestacionbanco.pdf).

2.3. Providencia Recurrida.

Se trata de la sentencia que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de abril de 2023, en los siguientes términos:

PRIMERO: SE DECLARA que existió un contrato de trabajo entre la demandante CARLOS ADOLFO HERNANDEZ ZABALA y el BANCO POPULAR S.A. entre el 28 de febrero de 1984 al 31 de diciembre de 2016, en la calidad de trabajador oficial para el periodo de 28 febrero de 1984

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

hasta el 3 de diciembre de 1996 y trabajador particular desde el 4 de diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2016 regida por las normas del código sustantivo de trabajo, que el último cargo fue el de cajero y el salario básico de 2.083.130 y el cual finalizo por renuncia del trabajador, De conformidad a la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a reliquidación de vacaciones y primas legal de vacaciones de conformidad al régimen de trabajadores oficiales decreto 1045/78 y la de inexistencia de la obligación reclamada respecto de reliquidación de pretensiones principales de primas legales y extralegales y vacaciones; a la aplicación del decreto 1045 de 1978, indemnización moratoria del art 65 del. C.S.T. y en consecuencia se absuelve de estas pretensiones a la demandada relacionadas con estas pretensiones.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la entidad accionada y por secretaría practíquese la liquidación e inclúyase agencias en derecho por valor de \$500.000.

CUARTO: de no ser apelada la presente providencia, sùrtase el grado jurisdiccional de consulta de conformidad al art 69 del C.P.L. Y SS.

Para llegar a tal determinación, señaló que no fue motivo de discusión que entre las partes existió contrato de trabajo desde el 28 de febrero de 1984 al 31 de diciembre de 2016, bajo ese punto, abordó el primer problema jurídico, referente a la a la prima convencional semestral, e indicó que de acuerdo con el art. 8 del laudo arbitral del 26 de julio de 1974 y el art. 11 de la convención colectiva del 11 de diciembre de 1999, la mencionada prima no es nueva, se creó desde esa época y al ser pagada en debida forma por el banco no hay lugar a reliquidar ninguna prestación social.

Asimismo, afirmó que las mencionadas primas fueron liquidadas con base en el salario ordinario recibido por el actor, sin lugar a incluir ningún otro factor salarial, pues de acuerdo con la norma convencional el pago debía hacerse con ese salario, razón por la cual negó la posibilidad de reliquidación solicitada en la demanda.

De otra parte, en lo que refiere a la reliquidación de vacaciones legales, arguyó que, de acuerdo con el artículo 189 y 192 del Código Sustantivo de Trabajo - CST, este descanso también debe liquidarse con base en el salario

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

ordinario devengado por el trabajador, sin que se pueda incluir otros factores salariales adicionales, como horas extras, recargos nocturnos, dominicales, auxilios de alimentación y transporte, por lo que esta petición corre la misma suerte de la anterior, aunado a que la reliquidación se encuentra prescrita pues entre la fecha de terminación del contrato y la fecha de interposición de la demanda pasaron más de tres años. Como apoyo a su decisión invocó las sentencias CSJ SL1771-2021 y CSJ SL3126-2022.

Frente a la reliquidación de la prima de vacaciones, consideró que no es procedente, pues como se dijo anteriormente, y con base en el Decreto 1045 de 1978, este derecho se encuentra prescrito, además que el art. 13 de la Convención Colectiva de 1980 es claro en señalar que esta prestación se debe liquidar sobre la base del salario ordinario, es decir, sobre el salario básico como en efecto lo hizo el banco. Los mismos argumentos utilizó para negar la reliquidación de cesantías y primas de servicios legales y convencionales.

Por último, frente a las pretensiones subsidiarias arguyó que no son procedentes por las mismas razones dadas en precedencia, más cuando tienen la misma connotación de las pretensiones principales, solo que estas estaban encaminadas a los tres últimos años de servicio.

2.4. Argumentos del recurso de apelación.

El demandante manifestó no estar de acuerdo con el fallo, pues en su sentir, lo que se hizo fue desestimar en su integridad sus derechos y bajo esa línea, consideró que se debió dar primacía de la realidad sobre las formas previstos en el art. 53 de la C.N. y los principios de los artículos 21, 67 a 70 del CST., por ello, afirmó que el demandante fue trabajador oficial hasta el 21 de noviembre de 1996, fecha en la que el banco cambió su composición accionaria, por ende, los días laborados debieron contabilizarse por 365 días al año para reliquidar la cesantía definitiva, es decir, por un total de 11.995 días laborados.

Agregó que la prima semestral convencional fue contemplada desde 1980 como un derecho del demandante diferente de la prevista en el art. 11

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

de la Convención Colectiva de Trabajo de 1999 por lo que es procedente su reliquidación. De la misma manera, argumentó que la distinción entre salario ordinario y sueldo no se ajustó a las premisas de los trabajadores oficiales y a los elementos integrantes del mismo, por ende, el pago por concepto de cesantías realizados por el banco se debe ajustar a lo pretendido en la demanda.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 5 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 15 de agosto de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos en la demanda y en la contestación.

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.

3. 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 contabilizar por el año laborado por 365 días a efectos de liquidar las prestaciones sociales?, ¿El *a quo* erró en la concepción de la prima semestral de vacaciones, así como en el salario ordinario y sueldo con la misma finalidad, esto es, la de liquidar prestaciones sociales?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la contabilización de los días para la liquidación de prestaciones sociales.

De antaño, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que, en materia de seguridad social y liquidación de prestaciones sociales, la correcta contabilización de los términos para la afiliación, cotización o pago se toman así: una semana equivale a 7 días, un mes debe considerarse que es de 30 días y, por consiguiente, un año corresponde a 360 días, y por ende ese cómputo no se mide por los días calendario, n lo concerniente al cómputo de semanas que alega la actora debe realizarse sobre 365 días al año, la Corte recuerda que la correcta contabilización de los términos para la afiliación o cotización se toman así: una semana equivale a 7 días, un mes debe considerarse que es de 30 días y, por consiguiente, un año corresponde a 360 días y, por ende, ese cálculo no se mide por los días calendario. Así lo dijo en sentencia CSJ SL3794-2015, reiterada en CSJ SL2050-2017, CSJ SL529-2018, CSJ SL3130-2022, en la que sostuvo:

Aun cuando desde la demanda inicial la actora planteó la necesidad de calcular la anualidad de aportes como equivalente a 365 o 366 días y no a 360, la mensualidad a los propios de cada una de ellas, o sea, 28, 29, 30 o 31 y no a 30; y la semana a 7, que es lo que indica en este último caso la ley, con lo cual alcanzaría el número de semanas de cotización que asigna a las 20 anualidades de aportes exigidos en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 (1.029 para ser exactos), la razón no le asiste en manera alguna, pues es indiscutible que los plazos previstos en la ley repudian la contabilización de términos sobre el único concepto de ‘día’, dado que los hay de otros órdenes, como son los de semanas, meses y años, con la incidencia de que en tanto los de ‘días’ y de ‘semanas’ son por esencia uniformes --hablando de que los primeros siempre se cuentan en una unidad inferior de tiempo de 24 horas y las segundas de 7 días--, los meses y los años no lo son, dado que los meses lo pueden ser de 28, 29, 30 o 31 días y los años de 365 o 366 días. Tal divergencia se ha superado teniendo el término del mes como equivalente a 30 días, y por ende, el del año a 360 días (12 x 30).

De esa manera es que ha resultado dable al legislador facilitar el uso de distintos plazos a los particulares en el desenvolvimiento de sus diversas relaciones jurídicas, y a estos, adquirir seguridad para saber cómo se computan los plazos o términos acordados --en los actos jurídicos de esa naturaleza-- o los impuestos por éste mismo, para de esa forma tener certeza sobre el nacimiento o extinción de sus obligaciones o derechos.

Ello explica que en el mundo del trabajo el salario, las prestaciones sociales de cualquier naturaleza y demás conceptos de orden laboral se paguen regularmente por quincenas, mensualidades o anualidades sin distinción al número de días calendario al cual corresponda el respectivo período laborado. También, que para efectos fiscales se tomen en cuenta similares

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

guarismos, y que salvo disposición legal en contrario, las cotizaciones se sufraguen en idénticos términos. Tal tipo de convención en manera alguna contradice el sentido común de las cosas, más bien se respalda en él, como en disposiciones como las consignadas en los artículos 18 de la Ley 100 de 1993, 134 del Código Sustantivo del Trabajo, 67 del Código Civil, 59 de la Ley 4ª de 1913, entre otras, que, en suma, predicen una uniformidad de medida de los tiempos en que se cumplen los plazos y los términos de la ley.

En suma, como lo ha dejado dicho la jurisprudencia, los términos de afiliación o cotización a los entes administradores de riesgos del Sistema de Seguridad Social Integral no se miden por los días calendario, sino por términos uniformes de 7, 30 y 360 días, respectivamente, es decir, semanas, meses y anualidades.

Criterio que también lo comparten la Corte Constitucional en sentencias T248-2008, T528-2020, SU446-2022 y SU273-2022, entre otras, y el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 4 de marzo de 1999, reiterada en sentencia del 10 de noviembre de 2016, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Por lo anterior, y dado que ha sido un discernimiento uniforme y pacífico por las Cortes de cierre de nuestro país, el argumento dado por el recurrente no puede ser acogido por la Sala.

3.2. De las primas semestrales, salario ordinario y sueldo para su reliquidación y caso concreto.

En este punto, conviene precisar que el demandante no fue claro ni preciso en el recurso, por cuanto indicó que el *a quo* no supo distinguir la prima semestral convencional creada desde 1980, de aquella prevista en el art. 11 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1999 por lo que es procedente su reliquidación. Adicionalmente, señaló que no estaba conforme con la distinción entre salario ordinario y sueldo que hizo el juzgado de instancia para negarse a reliquidar las mencionadas primas, sin embargo, dejó de atacar la excepción de prescripción que fue declarada como probada en la sentencia y que incide frente a cualquier trabajo de reliquidación que se quiera emprender, así como los otros derechos que fueron pedidos en la demanda y que fueron negados en la sentencia, como es el caso de cesantías, interés a la cesantía, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

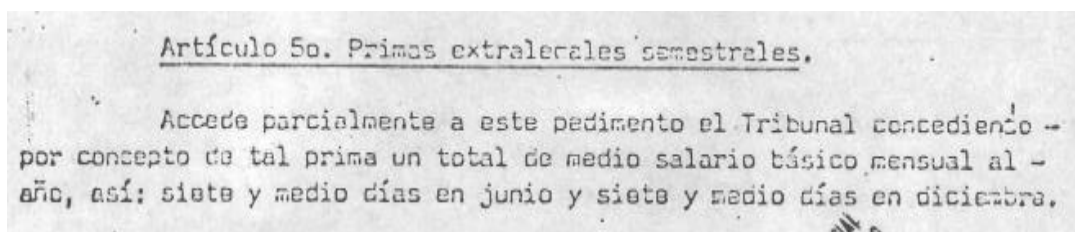
Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

Por tal razón, y en aras de mantener en salvaguarda el principio consonancia del art. 66A del CPT y de la SS, esta Sala sólo hará referencia a la naturaleza propias de las primas semestrales convencionales y si la misma fue liquidada con el salario ordenado en la convención, precisamente porque esta norma la regula.

Dicho esto, se debe empezar por indicar que no fue motivo de discusión en esta instancia que entre i) Carlos Adolfo Hernández Zabaleta y el Banco Popular S.A. existió contrato de trabajo entre el 28 de febrero de 1984 al 31 de diciembre de 2016, ii) como trabajador oficial, iii) beneficiario de la convención colectiva de trabajo, iv) en el cargo de Cajero Auxiliar y, v) con un último salario básico de \$2.083.130 pesos y un promedio de \$3.728.351.

Es así como para el *a quo* la prima extralegal semestral convencional se creó desde el art. 8 del laudo arbitral del 26 de julio de 1974 y se mantuvo con la convención colectiva del 11 de diciembre de 1999, no obstante, para el recurrente se trata de un derecho adicional a la legal que se paga en los meses de mayo y noviembre. Al respecto se consta a folio 7 del archivo *29respuestarequerimientolaudo.pdf*, que el laudo arbitral del 26 de julio de 1974 contempló en su artículo 5 la mencionada prima, así:



Artículo 50. Primas extralegales semestrales.

Accede parcialmente a este pedimento el Tribunal concediendo - por concepto de tal prima un total de medio salario básico mensual al - año, así: siete y medio días en junio y siete y medio días en diciembre.

En la convención colectiva de 1980 -1981, se consagró el mencionado derecho como sigue (fl. 45 archivo *32respuestaconvenciones.pdf*):

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO AÑO 1.980-1.981
Hoja No.7

ARTICULO 12o.- PRIMA EXTRALEGAL

A partir de la vigencia de la presente Convención Colectiva, el Banco Popular incrementará la Prima Extralegal Semestral de que trata el Artículo 8o. del Laudo Arbitral, de 1.974, en quince (15) días de salario ordinario, pagaderos 7.5 días en el mes de Junio y 7.5 días en el mes de Diciembre de cada año.

Entre tanto, en la convención colectiva del 16 de diciembre de 1999, se consagró en el artículo 11 la *prima extralegal semestral*, del siguiente tenor (ver fl. 7 y 8 archivo *convencióncolectiva1999comprimida.pdf*):

ARTICULO 11.- PRIMA EXTRALEGAL SEMESTRAL

Además de la prima que ordena la ley, y las estipuladas en Laudos y Convenciones, el Banco pagará a sus trabajadores las siguientes: a) Quince días de salario ordinario que se pagarán en el mes de junio; y; b) Quince días de salario ordinario que se pagarán en el mes de diciembre.

La prima extralegal prevista en el artículo 8 del Laudo Arbitral de 1974 y en el artículo 12 de la Convención Colectiva de 1980, se cancelará dentro de los últimos 5 días de los meses de mayo y noviembre de cada año.

Para quienes ingresen a partir del 1° de enero del año 2000 esta prima, se liquidará con el sueldo básico y no constituirá salario para ningún efecto, por tanto no incidirá en la liquidación de prestaciones legales y extralegales, incluido el auxilio de cesantía.

Quedan modificados el artículo 8° del Laudo Arbitral del 26 de julio de 1974, el artículo 12 de la Convención Colectiva del 1° de febrero de 1980 y el artículo 32 numeral 1 de la Convención Colectiva del 12 de diciembre de 1985.

De lo anterior, la Sala consta que en efecto la *prima extralegal semestral* del art. 11 de la convención, como su nombre lo indica, es una prestación extralegal que se creó desde el laudo arbitral de 1974 y se mantuvo vigente hasta la Convención Colectiva de 1999, como una prestación complementaria de la prima de servicios legal dispuesta para los trabajadores oficiales regulada en el art. 58 del Decreto 1045 de 1978, que a diferencia del legal, esta prima otorga quince días más de salario básico por cada semestre al trabajador, se paga en los meses de mayo y noviembre y no constituye salario.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

Corrobora lo anterior, los recibos de nómina pagados a Carlos Hernández por parte del banco en lo que se evidencia que efectuó ese concepto en varias épocas de su vida laboral por lo que la Sala procede a verificar si eventualmente existe lugar a su reliquidación como lo solicita el recurrente, sin embargo, como se dijo en precedencia, a pesar de que el recurrente no se opuso expresamente a la declaratoria de prescripción, esta prestación fue declarada como inexistente a cargo del empleador, por tal razón, procede a verificar la reliquidación tres años antes de la terminación del contrato, esto es desde el 31 de diciembre de 2013, en atención a que verificar los extremos de la relación laboral el actor laboró desde el 28 de febrero de 1984 al 31 de diciembre de 2016, agotó la reclamación administrativa el 26 de julio de 2019 (*fl. 12 archivo 01expdeientedigital.pdf*) y presentó la demanda el 18 de diciembre de 2019 (*fl. 30 ibid.*).

Asimismo, con el fin de verificar la reliquidación solicitada se hará con el salario ordenado en el mencionado Art. 11 de la Convención Colectiva de 1999, esto es, con el salario ordinario, que para efectos de su interpretación esta Sala se acoge al criterio dado por la H. Corte Suprema de Justicia desde el 10 de noviembre de 1959, gaceta judicial XCI, página 1065, reiterada en CSJ SL4369-2015 y CSJ SL SL1051-2023, en los siguientes términos: *“Cuando el Código habla de “salario” solamente, es claro que deben entenderse comprendidos todos los elementos que lo constituyen conforme al art. 127, tal como ocurre en los casis indicados por los arts. 64, 249, 230, 278, 292 y 306, entre otros; en cambio cuando se refiere o emplea la expresión “salario ordinario”, es lógico que de ese concepto sean excluidos los demás elementos que concurran a constituir la “remuneración fija u ordinaria” a que se refiere la ley, como ocurre en los eventos contemplados por los arts. 173, 174, 192 y 204”*, por lo que cuando la convención habla de salario ordinario, se entenderá como salario básico, es decir, sin tener en cuenta otros factores que aparecen en los desprendibles de nómina.

Así, se consta que el actor para el año de 2014 recibió un básico de \$1.789.939, para el 2015 \$1.911.655 y para el 2016 de \$2.083.130 de acuerdo con los desprendibles de nómina aportados por la parte actora visible a folio 9 *ibid.*, por lo que fácil le resulta concluir que el actor debió

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

recibir \$1.789.939, para el 2014 \$1.911.655 para el 2014 y para el 2016 de \$2.083.130 como quiera que trabajó el año completo, por ello, al corroborar con los pago efectuados por la demandada se comprueba que los pagó de acuerdo con lo señalado en precedencia, así *(fl. 48 a 52 archivo 11constestacionbancopopular)*:

2014:

Declaro que en la fecha he recibido del BANCO POPULAR S.A.

Por concepto de PRIMA EXTRA JUNIO SEMESTRAL correspondiente a 180 días trabajados en el presente semestre de 2014, la cantidad de

OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS
CON CINCUENTA CTVOS (\$ 894,969.50)

Por concepto de PRIMA EXTRA DICIEMBRE SEMESTR. correspondiente a 180 días trabajados en el presente semestre de 2014, la cantidad de

OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS
CON CINCUENTA CTVOS (\$ 894,969.50)

2015:

Por concepto de PRIMA EXTRA JUNIO SEMESTRAL correspondiente a 180 días trabajados en el presente semestre de 2015, la cantidad de

NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON
CINCUENTA CTVOS (\$ 955,827.50)

Por concepto de PRIMA EXTRA DICIEMBRE SEMESTR. correspondiente a 180 días trabajados en el presente semestre de 2015, la cantidad de

NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON
CINCUENTA CTVOS (\$ 955,827.50)

2016:

Por concepto de PRIMA EXTRA DICIEMBRE SEMESTR. correspondiente a 180 días trabajados en el presente semestre de 2016, la cantidad de

UN MILLON CIENTO VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON
CERO CTVOS (\$ 1,128,598.00)

Conforme lo anterior, esta Sala considera que la prima extralegal del art. 11 convencional se pagó al actor conforme a lo ordenado en la convención y descarta la solicitud de reliquidación solicitada por el recurrente, por cuanto se liquidó con el salario ordinario previsto en la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.

Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA

Demandado: BANCO POPULAR SA

convención y a los parámetros jurisprudenciales dados en precedencia, en consecuencia, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. 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 que profirió el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que adelanta Carlos Adolfo Hernández Zabala contra el Banco Popular SA, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. –. Sin costas en esta instancia

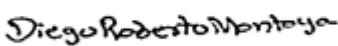
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

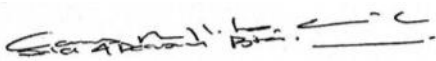
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 010 2019 00877 01.
Demandante: CARLOS ADOLFO HERNÁNDEZ ZABALA
Demandado: BANCO POPULAR SA


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA 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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

1. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que **DANIEL SARMIENTO PAVAS** y **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** interpusieron contra la sentencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 1° de diciembre de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la última y de y **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, dentro del proceso ordinario laboral que el primero adelanta contra las beneficiarias del grado jurisdiccional y la **AFP PROTECCIÓN SA**.

2. AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada Maryori Astrid Páez León, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.953.654 de Bogotá y TP No. 280.696 del CSJ como apoderada en sustitución de la AFP Protección SA, de acuerdo con el poder de sustitución adjunto (*archivo sustucionpoder.pdf*).

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicitó de las demandadas lo siguiente: de Colpensiones la validación del pago del mes de abril de 1992 por parte de su ex empleador, la sociedad Banco Standart Chartered Colombia, antes Banco Extebandes de Colombia, cuyo ingreso base de cotización IBC corresponde a \$1.500.000 pesos y se actualizase su historia laboral, para que, a su vez, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda reliquide el respectivo bono y la AFP Protección SA proceda calcular el bono pensional y se paguen los perjuicios morales, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que ingresó a laborar con el Banco Standard Chertered Colombia SA desde el 2 de abril de 1990 al 31 de diciembre de 1995, tiempo durante el cual estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual en el mes de enero de 1996 con 699 semanas.

Agregó que Colpensiones no tuvo en cuenta el aporte de mes de junio de 1992, pese a que su empleador lo pagó con un IBL de \$1.500.000, por lo que elevó derecho de petición 15 de noviembre de 2006, cuya respuesta negativa fue recibida el 22 de enero de 2007, indicándole que el salario reportado por la empresa en ese periodo fue de \$488.370 pesos, lo que motivó a presentar petición de reconocimiento de bono pensional el 29 de abril de 2021, ante el Ministerio de Hacienda quien decidió negarlo el 12 de mayo de 2021 hasta tanto la información fuera actualizada por Colpensiones, por lo que al elevar nueva petición ante esta entidad el 23 de junio de 2021, esta le contestó que no es posible acceder a ella, pues el empleador no lo ubicó en la categoría respectiva de acuerdo con el Decreto 3063 de 1989 (*archivo 06subsanaciondemanda.pdf*).

3.2. Respuesta a la Demanda.

Colpensiones contestó a la demanda y aceptó que el actor que desde 11 de diciembre de 1995 se trasladó a la AFP Protección SA con 699 semanas de cotización, que radicó derecho de petición el 15 de noviembre de 2006 para que se corrija el IBC, pero lo negó por cuanto el empleador no presentó la novedad en tiempo; que el 25 de marzo 2021 se presentó nuevo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

derecho de petición con el mismo fin, pero no fue aceptado por las mismas razones, petición que fue reiterada el 10 de junio de 2021 y atendida el 23 de junio de ese mismo año. Propuso las excepciones de imputación de pagos, improcedencia de actualización de historia laboral, prescripción cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, cobro de los no debido y la genérica (*archivo 20contestademandacolpensiones.pdf*).

Por su parte, la AFP Protección SA, al contestar la demanda solo aceptó como cierto que el actor se trasladó a dicha AFP con 699 semanas cotizadas y que el 8 de noviembre de 2022 recibió petición para el acompañamiento respecto de la corrección de su historia laboral. Planteó las excepciones de Imposibilidad de realizar cálculo actuarial, imposibilidad de corregir el IBL; buena fe, prescripción y genérica (*archivo 09contestademandaproteccion.pdf*).

Por último, la Nación – Ministerio de Hacienda aceptó lo referente a que el actor tendría derecho a un eventual bono pensional por traslado de régimen, que la entidad no está facultada para hacer correcciones de su historia laboral y que recibió derecho de petición con fecha de 12 de mayo de 2021. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (*archivo 08contestademandaministerio.pdf*).

3.3. Providencia Recurrída.

Se trata de la sentencia proferida por el *a quo* en los siguientes términos:

PRIMERO. CONDENAR a LA ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a corregir en la historia laboral de DANIEL SARMIENTO PAVAS y en el archivo laboral masivo reportado ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el valor del salario registrado para el período comprendido entre el 01/04/1992 y el 31/12/1992, para el cual debe consignar la suma de \$665.070.

SEGUNDO. CONDENAR a LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a reliquidar el Bono Pensional de DANIEL SARMIENTO PAVAS, teniendo en cuenta para el efecto un salario de \$665.070 reportado al 30/06/1992.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.

Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

TERCERO. ABSOLVER a LA ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y a LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las demás pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por DANIEL SARMIENTO PAVAS

CUARTO. ABSOLVER a LA ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el presente asunto por DANIEL SARMIENTO PAVAS. Lo anterior, sin perjuicio de los trámites que debe adelantar para la tramitación del Bono Pensional del afiliado.

QUINTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Colpensiones y a favor del demandante. Tásense por Secretaría.

SEXTO. Remítase la presente sentencia ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 CPTSS.

Para arribar a esta decisión, abordó la definición y requisitos del bono pensional e indicó que bajo el decreto 1299 de 1994, las empresas solo están obligadas a cotizar sobre el IBC permitido por la norma, por lo que al existir novedad del salario del actor por la suma de \$1.500.000 para el periodo de junio de 1992, reportada en tiempo por el empleador, el ISS, hoy Colpensiones debía corregir ese ingreso, y al omitirlo, ordenó solo hacerlo por el IBL máximo permitido por el mencionado decreto, esto es, por la suma de \$665.070 pesos desde el 1° de abril al 31 de diciembre de 1992, sin lugar a declarar la prescripción. Finalmente, respecto de los daños morales indicó que no se probaron por lo que negó esta pretensión.

Acto seguido, el Ministerio de Hacienda solicitó aclaración de la sentencia respecto de los trámites que debe realizar para reliquidar el bono pensional a su favor, sin embargo, fue negada por el *a quo* al considerar que, lo solicitado, estaba incluido en el fallo.

3.4. Argumentos de las Recurrentes.

El demandante insistió en su recurso que el IBC debe ser de \$1.500.000 pesos con base en el art. 4 del Decreto 2610 de 1984 que equivale a 21 veces el salario mínimo, por lo que debe ser liquidado con un valor de \$1.368.990 pesos, aunado a que la Ley 100 de 1993 eliminó esos límites y lo dejó en 20 salarios mínimos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

A su turno, Colpensiones enfocó su inconformidad esencialmente en el hecho que, de conformidad con el art. 78 del Acuerdo 3066 de 1986, no está obligado a reliquidar el IBC, pues el monto máximo en dicha norma es de \$665.070 pesos para esa época.

3.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de abril de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 15 de junio de 2023, se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las recurrentes y Protección SA para reafirmar su postura y argumentos en la litis.

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 los artículos 66 A y 69 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 al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y La Nación – Ministerio De Hacienda Y Crédito Público.

4. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿Es dable imponer a cargo de COLPENSIONES el deber de actualizar el ingreso base de cotización – IBC del actor por el periodo del 1° de abril al 31 de diciembre de 1992 teniendo como base el salario de \$1.500.000 o en su defecto el valor \$1.368.990 pesos?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

4.1. Del Ingreso base de cotización

El ingreso base de cotización es el monto del salario del trabajador con el que se determina el valor de los aportes que deben realizar al Sistema General de Seguridad Social.

En cuanto a la base de cotización o aportes al Sistema, están sometidos a topes mínimos y máximos, lo que implica que no se pueden efectuar sobre un valor inferior o superior a lo que determine la ley, lo que se determina con las normas vigentes para la época de la cotización. Frente al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL409-2021 estableció:

“Ahora, en punto de la norma que se debe aplicar a cada hipótesis, la Corte señaló que los topes pensionales deberán tener en cuenta el precepto vigente al momento de la causación de la prestación.

De donde, para las que se originan en vigencia:

i) Del artículo 2° de la Ley 4ª de 1976, que, se resalta, es aplicable a las prestaciones de «jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales», no podían ser superiores a 22 veces el salario mínimo legal mensual vigente.

ii) Del artículo 2° de Ley 71 de 1988, esto es, entre el 19 de diciembre de 1988 y el 17 de mayo de 1992, estarían limitadas a «[...] quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales».

iii) De la Ley 4ª de 1992 y antes de la Ley 100 de 1993, serían de máximo veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes, en razón a que el parágrafo del artículo 35 de la última Ley, inaplicó el tope previsto en el artículo 2° de la Ley 71 de 1988, por lo que resaltó la Corte en las providencias citadas, «en sana lógica [ordenó] acoger el límite máximo de los 20 salarios mínimos legales» del parágrafo 3° del artículo 18, ibidem.

iv) De la Ley 100 de 1993 y antes del 29 de enero de 2003, no podían ser superiores a veinte (20) salarios mínimos legales vigentes, según el parágrafo 3° del artículo 18, ibidem, en armonía con el artículo 2° del Decreto 314 de 1994.

iv) De la Ley 797 de 2003, cuyos efectos iniciaron el 29 de enero de 2003, con tope de hasta veinticinco (25) salarios mínimos mensuales vigentes, como lo previó su artículo 5°.”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

Por otra parte, el artículo 2° del Acuerdo 048 de 1989 establecía:

“Artículo 2° Modificar el artículo 3° de los Acuerdos 229 y 025 de 1982, proferidos por las Juntas Administradora y de Seguros Económicos del ISS, respectivamente, los cuales quedarán así:

"A partir de la fecha de publicación en el DIARIO OFICIAL del Decreto que aprueba el presente Acuerdo, se modifica el salario de base diario y mensual de la Categoría 32 de la Tabla de Categorías y Aportes del Instituto y se adiciona dicha Tabla, en la forma que a continuación se indica”:

	Salarios	Diarios	Salario base	Salario base
<i>Categoría</i>	<i>Desde</i>	<i>Hasta</i>	<i>diario</i>	<i>mensual</i>
32	5.250	5.761.99	5.502.00	165.180
33	5.762	6.307.99	6.035.00	181.050
34	6.308	6.885.99	6.597.00	197.910
35	6.886	7.499.99	7.193.00	215.790
36	7.500	8.147.99	7.824.00	234.720
37	8.148	8.833.99	8.491.00	254.730
38	8.834	9.555.99	9.195.00	275.850
39	9.556	10.317.99	9.937.00	298.110
40	10.318	11.117.99	10.718.00	321.540
41	11.118	11.959.99	11.539.00	346.170
42	11.960	12.841.99	12.401.00	372.030
43	12.842	13.767.99	13.305.00	399.150
44	13.768	14.735.99	14.252.00	427.560
45	14.736	15.749.99	15.243.00	457.290
46	15.750	16.807.99	16.279.00	488.370
47	16.808	17.913.99	17.361.00	520.830
48	17.914	19.065.99	18.490.00	554.700
49	19.066	20.267.99	19.667.00	590.010
50	20.268	21.517.99	20.893.00	626.790
51	21.518	22.819.99	22.169.00	665.070

En síntesis, en lo que tiene que ver con el régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, existían unas tablas de categorías y cotizaciones que imponían un tope de salarios mínimos y máximo asegurables según la categoría que correspondiera. Este último, es decir, el salario máximo asegurable, de conformidad con el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, estaba cuantificado en la suma de \$665.070, tal como se transcribió en precedencia.

Indicaba lo anterior, que el ISS no recibía –ni estaba autorizado para hacerlo según sus reglamentos--, ninguna cotización que superara el salario máximo asegurable, de donde se seguía, como inexorable consecuencia, que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

así un afiliado devengara o percibiera ingresos más allá del mismo, sus cotizaciones no podían superar el tope legal establecido.

Al tenor de los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, entre ellas, las atinentes a los límites de cotizaciones a los cuales debía someterse el empresario inscrito en el ISS, las mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, se repite, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones.

Sobre el tópico, y la interpretación de tal normatividad, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencia del 31 de marzo de 2009, Rad. 31855, reiterada en la SL1070-2020 explicó:

“ La Ley 100 de 1993, especialmente su artículo 117, tomó el 30 de junio de 1992, como fecha de referencia para determinar el valor de los bonos pensionales en orden a la implementación y cabal desarrollo del nuevo Sistema General de Pensiones establecido por dicha ley.

Para la fecha en mención, valga la pena recordarlo, el régimen pensional estaba fundamentalmente a cargo del Instituto de Seguros Sociales y de algunas cajas de previsión social de naturaleza pública, así como en cabeza de algunos empleadores –públicos y privados--. Básicamente, las pensiones de jubilación en el referido sistema, eran producto de las cotizaciones o aportes realizadas por empleadores y trabajadores o por el tiempo de servicios en el sector público.

Asimismo, para ese entonces, y en lo que tiene que ver con el régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, existían unas tablas de categorías y cotizaciones que imponían un tope de salarios mínimos y máximo asegurables según la categoría que correspondiera. Este último, es decir, **el salario máximo asegurable, de conformidad con el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, estaba cuantificado en la suma de \$665.070.**

Indicaba lo anterior, que el ISS no recibía –ni estaba autorizado para hacerlo según sus reglamentos--, ninguna cotización que superara el salario máximo asegurable, de donde se seguía, como inexorable consecuencia, que así un afiliado devengara o percibiera ingresos más allá del mismo, sus cotizaciones no podían superar el tope legal establecido”. (Negrillas por la Sala).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

4.2. Del caso concreto.

Con el fin de resolver el problema jurídico, considera la Sala que no fue motivo de discusión que: i) el actor ingresó a laborar con el Banco Standard Chartered Colombia SA desde el 2 de abril de 1990 al 31 de diciembre de 1995, tiempo durante el cual estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, ii) se trasladó al Régimen de Ahorro Individual en el mes de enero de 1996 con 699 semanas cotizadas, iii) en los meses de junio de 1992 en adelante su empleador pagó como IBL la suma \$1.500.000, iv) elevó derecho de petición 15 de noviembre de 2006, con respuesta negativa del 22 de enero de 2007 por parte de Colpensiones en la que se le indica que el salario reportado por la empresa en ese periodo fue de \$488.370 pesos y que v) elevó nueva petición ante Colpensiones el 23 de junio de 2021, la cual fue respondida negativamente al señalar que el empleador no lo ubicó en la categoría respectiva de acuerdo con el Decreto 3063 de 1989.

Pues bien, de acuerdo con las pretensiones planteadas en la demanda, las cuales giran en torno a la actualización de la historia laboral del actor por los aportes efectuados por su empleador el Banco Standart Chartered Colombia, antes Banco Extebandes de Colombia, para los periodos del 1° de abril al 31 de diciembre 1992, y al considerar que no fue motivo de discusión que el mencionado banco realizó los aportes sobre un IBC de \$1.500.000, se concluye que el demandante pertenecía a la **categoría 51**, por lo que, el valor del aporte máximo era la suma de **\$665.070** pesos.

No obstante, al revisar la información contenida en el expediente administrativo obrante en el fl. 37 archivo 08contestademandaministerio.pdf, se constata que el aporte fue imputado por Colpensiones por la suma de \$488.370 pesos, tal como se evidencia de la historia laboral válida para bono aportada por el Ministerio de Hacienda, por lo que acertó el *a quo* al impartir condena por ese concepto, pues se estaba frente al tope pensional:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

NIT/PATRONAL		PATRONAL: 1006201227 (11 - FACTURACION CAN)				NOMBRE EMPLEADOR
Noiedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	04/04/1990	30/09/1990	S	S	\$ 298,110	
LABORAL	01/10/1990	28/02/1991	S	S	\$ 399,150	
LABORAL	01/03/1991	31/12/1992	S	S	\$ 488,370	
LABORAL	01/01/1993	31/10/1993	S	S	\$ 665,070	

Así las cosas, concluye la Sala que jurídicamente no resultan viables los argumentos del actor de efectuar la corrección por el valor del salario de 1.500.000 o en su defecto por valor de \$1.368.990, devengado entre el 1° de abril al 31 de diciembre de 1992, pues como de anotó cada uno de estos periodos debe reajustarse en consideración el tope de cotización pensional y liquidarse sobre este mismo valor, y en ese sentido, la decisión del *a quo* resulta acertada y en ese sentido se conformará en su integridad.

5. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

6. . 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** en todas sus partes la sentencia que el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 1° de diciembre de 2022, en el proceso que Daniel Sarmiento Pavas adelanta contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Nación – Ministerio De Hacienda y Crédito Público, y la AFP Protección SA., de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Sin Costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos

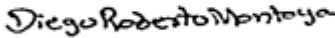
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 023 -2021-00501 -01.
Demandante: DANIEL SARMIENTO PAVAS.
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS.

previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

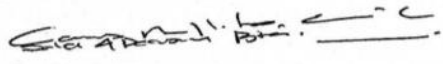
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00056-01.

Demandante: LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.

Demandado: LOTERÍA DE CUNDINAMARCA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

1. ASUNTO

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de **LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN**, contra la providencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que la beneficiaria de la consulta adelanta contra la **LOTERÍA DE CUNDINAMARCA**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicitó de la demandada que se declare su calidad trabajadora oficial en el cargo de Auxiliar Administrativo, Cod. 907, grados 03 y 05 de la Subgerencia General desde el 18 de marzo de 2015 al 30 de abril 2019, en consecuencia, el pago de la nivelación salarial, prestaciones legales y convencionales, así como a que se declare que la terminación del contrato de trabajo no produjo efecto por la falta de pago de salarios de manera completa y el pago de la sanción de que trata el artículo 2.2.30.6.16 del Decreto 1085 de 2015.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: laboró desde el 10 de enero de 1991 al 30 de abril de 2019,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00056-01.

Demandante: LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.

Demandado: LOTERÍA DE CUNDINAMARCA.

cuando el fue aceptada su renuncia por adquirir su derecho a la pensión; agregó que desde el 18 de marzo de 2015 laboró en el cargo Auxiliar Administrativo, Cod. 907 y grado 05 de la Subgerencia General, cuyas funciones están contenidas en el Decreto Departamental 332 de 2005, que no obstante haber ocupado el mencionado cargo no se ajustó su salario al mismo, pese a que era de mayor responsabilidad; que su último salario fue de \$1.671.600, que cumplió con los requisitos legales para ocupar el cargo, ni fue objeto de sanciones o llamados de atención por lo que su desempeño fue destacable y que agotó la reclamación administrativa el 10 de febrero de 2020 (fl 2 a 20 archivo 01*demandaanexos.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

La Lotería de Cundinamarca al contestar la demanda aceptó los extremos temporales de la relación laboral, los cargos que ocupó la demandante y la fecha en la que agotó la reclamación administrativa. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica (fl 1 a 10 archivo 06*contestademandaloteria.pdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El A *Quo* emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO. ABSOLVER a la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL LOTERÍA DE CUNDINAMARCA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.

SEGUNDO. DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva en su contestación.

TERCERO. COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandante. Tásense por Secretaría.

CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que fue acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y la demandada desde

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00056-01.

Demandante: LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.

Demandado: LOTERÍA DE CUNDINAMARCA.

28 de enero de 1991 al 30 de abril 2019, en el cargo el de Auxiliar Administrativo Cod. 907 y grado 05 en la Subgerencia General y con un salario de \$1.671.600 y un sobresueldo de \$334.320 pesos.

Es así como frente a la nivelación salarial se remitió al artículo 5 de la Ley 6 de 1945, a las sentencias CSJ SL447-2013, CSJ SL3750-2022, el Decreto 332 de 2005 por medio del cual se establece el manual de funciones de la Lotería de Cundinamarca y el memorando 08 del 18 de marzo de 2015 por medio del cual se trasladó a la actora al grado 05 de la planta de auxiliares administrativos, por lo que, al contrastarlos con los certificados laborales, constató que no existe identidad entre las funciones desarrolladas por la demandante cuando desempeñó el grado 03 y el grado 05, más cuando en su interrogatorio de parte aceptó que las algunas funciones del grado 05 no las realizó, por lo tanto, concluyó que en este caso la actora solo probó que fue designada en el cargo, dejando de lado el cumplimiento efectivo de las funciones efectivas del mismo.

La sentencia no fue apelada por ninguna de las partes.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 5 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 15 de agosto de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que solo fue utilizado por la demandada para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio del grado jurisdiccional a favor de la demandante.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00056-01.

Demandante: LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.

Demandado: LOTERÍA DE CUNDINAMARCA.

¿De conformidad con el acervo probatorio arrojado a juicio es posible establecer que la demandante tiene derecho a que se declare en su favor la nivelación salarial correspondiente al cargo Auxiliar Administrativo, Cod? 907 y grado 05 de la Subgerencia General de la demandada?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. De la nivelación salarial.

El artículo 5° de la Ley 6ª de 1945 dispone que *“la diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales. Queda absolutamente prohibido a los patronos imponer a los trabajadores obligación alguna de carácter religioso, político o electoral; impedirles o dificultarles en cualquier forma el ejercicio del derecho de sufragio; retenerles, conservarles o custodiarles cédulas de ciudadanía; y hacer, autorizar o tolerar cualquier propaganda de las indicadas en los sitios y durante las horas de trabajo, y todo género de rifas y colectas en los mismos”*.

Por ello, el principio *“a trabajo igual, salario igual”* no es absoluto ni de aplicación inexorable, por cuanto exige que el cargo desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio devengan en condiciones de igualdad plenamente demostradas o fundadas en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra, tal y como lo consagra la mencionada norma.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene consolidado el criterio, según el cual, quien pretende la nivelación salarial por haber desempeñado otro cargo tiene la carga probatoria de demostrar el puesto que desempeña y la existencia de otro trabajador que se desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia, para con base en ello trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia remuneratoria. En efecto, en la sentencia CSJ SL15023-2016 reiterada en providencia CSJ SL2673-2023 enseñó:

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

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia.

Por cuanto más allá de los criterios enlistados en el artículo 5 de la Ley 6ª de 1945 y 143 del CST, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada en señalar que es legítimo que existan diferencias en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas que no respondan al arbitrio del empleador o a odiosas diferencias originadas en el sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica del trabajador, tal y como lo prohíbe el art. 13 de la C.P. de 1991 y lo consagran los convenios 100 y 111 de la OIT ratificados por Colombia, a través de los cuales también se regula la igualdad y no discriminación retributiva en las relaciones de trabajo subordinado (Sentencia CSJ SL12814-2016 reiterada CSJ SL491-2023).

3.2. Caso concreto.

Así, y con fin de resolver el problema jurídico, es permitente indicar que no fue motivo de discusión i) que Luz Mira Castillo Beltrán laboró mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de enero de 1991 al 30 de abril de 2019, ii) como trabajadora oficial, iii) en el cargo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00056-01.
Demandante: LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.
Demandado: LOTERÍA DE CUNDINAMARCA.

Auxiliar Administrativo de la Subgerencia General de la demandada y, iv) devengó como último salario la suma \$1.671.600 con un sobresueldo de \$334.320 pesos.

Entonces, una vez verificadas las pruebas aportadas al plenario, encuentra la Sala que Luz Mira Castillo Beltrán fue trasladada en comisión a la subgerencia General de la demanda, tal como se desprende del memorando del 18 de marzo de 2015, sin especificar el grado para el cual fue asignada como lo pretende el (fl. 124 *archivo 08contestacionloteria.pdf*):

Bogotá, 18 de marzo de 2015

PARA:

LUZ MIRA CASTILLO BELTRAN

DE:

GERENTE GENERAL
JEFE OFICINA ADMINISTRATIVA

ASUNTO:

TRASLADO EN COMISION

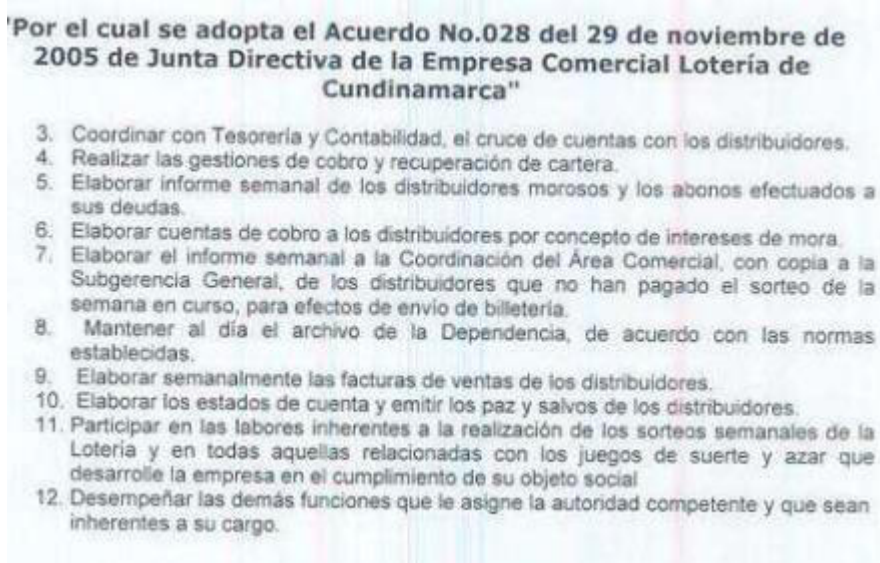
Conocedores de su espíritu de colaboración para con la Empresa, de manera atenta le informo que a partir de la fecha, desempeñara sus funciones en la Subgerencia General, a ordenes del doctor Ricardo Forero.

Por lo anterior, solicito realizar los trámites pertinentes para hacer entrega de su cargo a la funcionaria Julia Elvira Téllez y recibir lo correspondiente a la Subgerencia General, con la funcionaria Magda Patricia Zambrano.

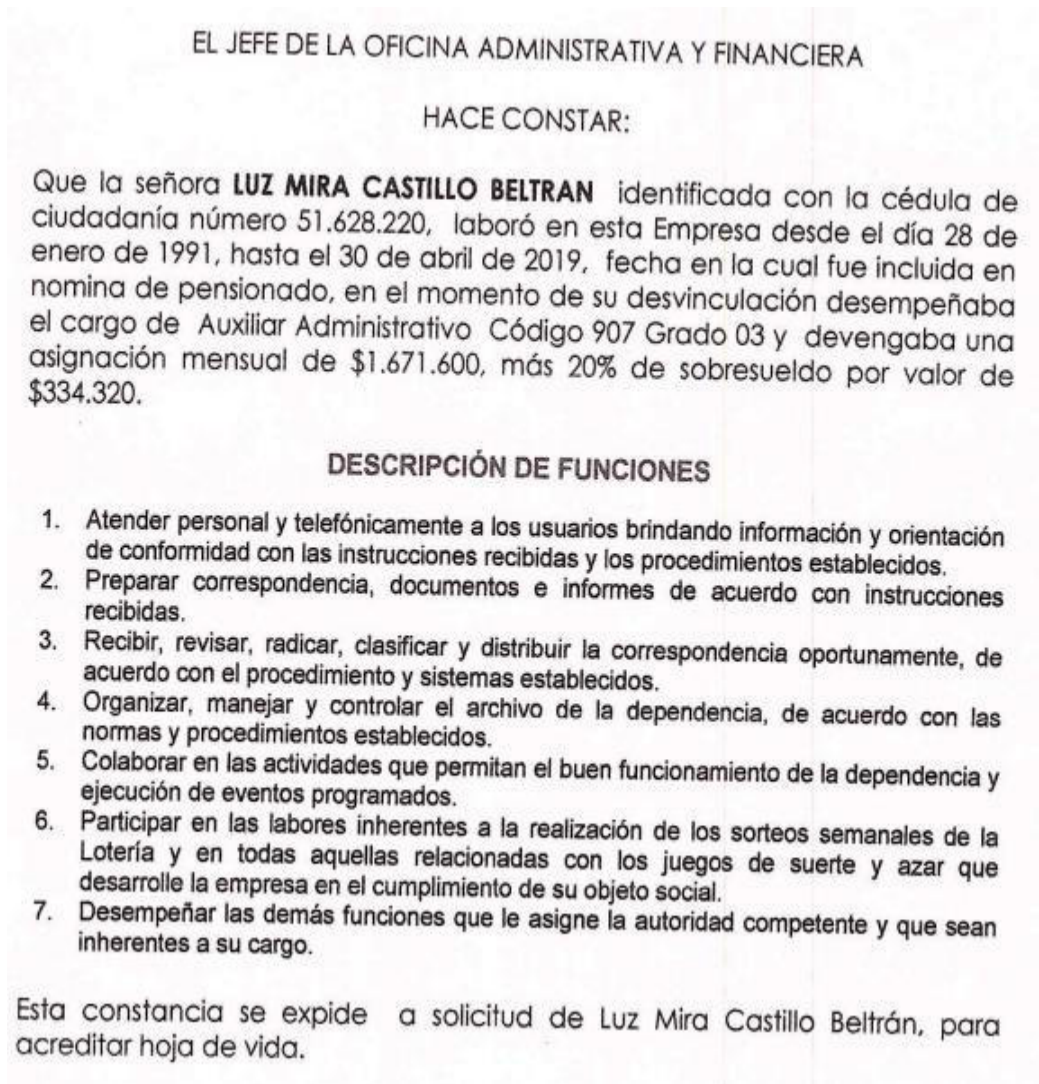
De la misma manera, obra a folio 53 archivo *01demandaanexos.pdf*, el Decreto Departamental 332 de 2005, por medio del cual se adopta el Acuerdo No. 28 del mismo año referente al Manual de Funciones de la Lotería de Cundinamarca y en él, se identifica las funciones de Auxiliar administrativo código. 907 grado 05, así:

IDENTIFICACIÓN	
DENOMINACIÓN Auxiliar Administrativo Código: 907 Grado: 05 Número de Cargos: Uno (1)	JEFE INMEDIATO Subgerente General
REQUISITOS	
EDUCACIÓN ▪ Diploma de bachiller	EXPERIENCIA ▪ Tres (3) años de experiencia relacionada
DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES	
1. Mantener actualizada la información de los bancos relacionada con los giros de los distribuidores y confrontarla con la información suministrada por estos. 2. Mantener actualizado el programa de cartera	

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00056-01.
Demandante: LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.
Demandado: LOTERÍA DE CUNDINAMARCA.



Obra a folio 12 del archivo *08contestacionloteria.pdf*, certificado laboral del 28 de junio de 2019 por medio del cual se describen las funciones ejecutadas por la demandante como auxiliar administrativa código 907 grado 03:



Ahora, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, respecto del cargo ocupado y las funciones, indicó que trabajó durante 15 años en la oficina jurídica con código 907 grado 3, que el 18 de marzo del 2015 recibió memorando de traslado para subgerencia general donde laboró hasta el 30 de abril del 2019 cuando solicitó la pensión. Agregó que las funciones en la subgerencia general estaban encaminadas a cubrir todos los procedimientos de gestión de calidad con distribuidores, hacer informes que se enviaban a todas las entidades, enviar a los entes de control los informes, así como las declaraciones a los distribuidores, elaborar cartas de los sorteos, estar pendiente de las grabaciones de las cámaras en el estudio, servir de conexión entre todas las oficinas, otorgar paz y salvo y reportar deudas y cobros de los distribuidores.

De lo anterior, se puede concluir que las funciones del auxiliar administrativo 907 grado 03 de la subgerencia general son diferentes a las asignadas a para el grado 05, y si bien la demandante manifestó haber realizado algunas funciones del mencionado grado 05, lo cierto es que con esa sola manifestación no es suficiente para dar por sentada la existencia de una vulneración al principio *“a trabajo igual, salario igual”*, pues debe recordarse que quien pretende la nivelación salarial, en este caso la actora, debe demostrar que el puesto que desempeña lo hace otro trabajador con similares funciones y eficiencia, para con base en ello se trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la discrepancia salarial.

Y es que, en este caso, la actora no aportó prueba alguna que conduzca al mencionado fin, contrario a ello, la demandada certificó a la demandante las funciones de auxiliar administrativo 907 grado 03 durante toda la relación laboral, tal como se desprende de las certificaciones laborales y las resoluciones expedidas por la demandada especialmente el mencionado certificado del 28 de junio de 2019, 27 de junio de 2019, Resoluciones 122 y 102 del 19 de junio de 2019 y 23 de mayo del mismo año por medio del cual se le pagaron la liquidación final y las prestaciones sociales parciales, respectivamente, certificados laborales del 22 de mayo de 2019, 22 de marzo de 2019, 22 de enero de 2019, 30 de noviembre de 2018 y 9 de agosto de 2018 (ver fl. 13, 16, 17, 18, 19, 29 a 31, 47, 52, 54 y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00056-01.

Demandante: LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.

Demandado: LOTERÍA DE CUNDINAMARCA.

89 del archivo *08contestacionlotera.pdf*), sin que en ningún caso la actora demostrara inconformidad alguna frente a las labores que se le certificaron, y no solo eso, tampoco demostró el salario asignado para el grado 05 en la respectiva escala salarial, más cuando tal remuneración es necesaria y aplicable por tratarse de un trabajador oficial (CSJ SL447-2013).

Así las cosas, considera esta Sala que la conclusión a la que llegó el juez de primer grado se halla ajustada a los postulados legales y jurisprudenciales que regulan la materia, por lo que se confirmará en todas sus partes el fallo consultado

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. 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:

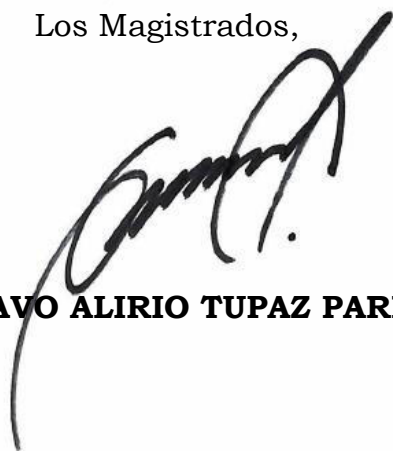
PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de abril de 2023, en proceso ordinario laboral que de Luz Mira Castillo Beltrán adelanta contra la Lotería De Cundinamarca, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

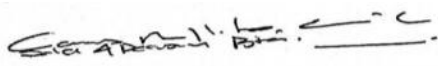
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00056-01.
Demandante: LUZ MIRA CASTILLO BELTRÁN.
Demandado: LOTERÍA DE CUNDINAMARCA.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

1. ASUNTO

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de **ORLANDO HURTADO PAZ**, contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve Laboral de Bogotá el 7 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que el beneficiario de la consulta adelanta contra **TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicitó de la demandada que se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 26 de julio de 1995 al 3 de septiembre de 2019 el cual fue terminado sin la autorización del Ministerio del Trabajo, en consecuencia, el reintegro al cargo que venía desempeñando con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral, la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997 y las costas procesales.

Como fundamento de sus aspiraciones narró los hechos que se sintetizan así: fue contratado laboralmente el 26 de julio de 1995 para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

desempeñar el cargo de soldador, que desde el 2009 empezó a sufrir de cefalea, en el 2013 fue diagnosticado de tal enfermedad con características tensionales, el 5 de enero fue incapacitado, por lo que el 19 de octubre de 2017 la Junta Regional de Invalidez lo calificó con una Pérdida de Capacidad Laboral – PCL de 20,74%, la cual fue impugnada ante la Junta Regional, quien el dictamen de 25 de julio de 2018 determinó una PCL de 35,93% y fecha de estructuración del 29 de septiembre de 2017.

Agregó que en el mes de mayo de 2019 la Nueva EPS le diagnosticó múltiples enfermedades que se encuentran descritas en el numeral séptimo de la demanda, las que le han generado varias incapacidades y la imposibilidad de realizar su labor como soldador. El 30 de agosto de 2019 fue llamado a descargos y el 3 de septiembre del mismo año, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo argumentando justa causa.

Enfatizó que el 10 de septiembre de 2019 fue incapacitado por 30 días, que antes de la terminación del contrato la empresa conocía de las incapacidades del actor, sin embargo, no solicitó el permiso para despedir ante el Ministerio del trabajo, por lo que se vio obligado a interponer acción de tutela contra la empresa, la cual fue concedida transitoriamente por parte del Juzgado 56 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá ordenado el reintegro a su puesto de trabajo y que a pesar de haber sido recurrida, el Juzgado 7 Civil del Circuito de Bogotá la confirmó (fl. 1 a 19 archivo *01expedienteremitido.pdf*).

2.2. Respuesta a la Demanda.

La demandada, al contestar el escrito de demanda, aceptó los extremos temporales del contrato, las PCL otorgadas por Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, el diagnóstico dado por la Nueva EPS, la diligencia de descargos, la fecha de despido y las órdenes dadas por los juzgados antes mencionados con ocasión de la acción de tutela interpuesta. Añadió que no requería de autorización del Ministerio del Trabajo para despedirlo, pues no estaba incapacitado y la terminación del contrato se dio por la inasistencia a su puesto de trabajo, lo que devino en justa causa. Propuso las excepciones de previas de indebida acumulación de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

pretensiones y falta de competencia (fl 1 a 15 archivo *contestaciontroquelados.pdf*).

2.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* emitió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: ABSOLVER a TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS S.A.S. - TROMEC S.A.S. de las pretensiones incoadas por el señor ORLANDO HURTADO PAZ.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma correspondiente a \$241.680.

TERCERO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la demandada desde el 26 de julio de 1995 al 3 de septiembre de 2019, así como el cargo y el salario devengado, por lo que centró la discusión en establecer si el demandante fue despedido a causa de sus dolencias.

Para el efecto, se remitió a la certificación de incapacidades emitidas por la nueva EPS del 9 de marzo de 2020, las historias clínicas de 25 de mayo de 2016, 3 de noviembre de 2016, 25 de junio de 2017, 19 de abril de 2018, 28 de noviembre de 2018, 16 y 31 de julio de 2019, 16 de agosto de 2019, 2 de septiembre de 2019, 1° de octubre de 2019, los dictámenes de PCL, conceptos de rehabilitación, acta de reintegro del actor, así como los interrogatorios de las partes, para concluir que si bien el demandante ha padecido múltiples patologías desde el 2016 al 2019, no es menos que a la terminación de su contrato no gozaba de estabilidad laboral reforzada, pues la terminación del contrato se produjo por justa causa, al quedar probado que el actor no asistió a su trabajo desde el 15 de agosto al 3 de septiembre de 2019.

La sentencia no fue apelada por ninguna de las partes.

2.4. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 5 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación. Luego, mediante auto de 15 de agosto de 2023, dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por las partes.

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 del grado jurisdiccional a favor del demandante.

3. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

¿De conformidad con el acervo probatorio arrimado a juicio es posible establecer que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

3.1. Estabilidad Laboral Reforzada- Fuero de Salud.

Sea lo primero indicar que 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, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

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 (CSJ SL10538-2016).

Sin embargo, la H. 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 una 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 que 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; (ii) 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)”*.

Del mismo modo, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral a través de la sentencia CSJ SL1152-2023 consideró que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006 era vinculante, por lo que en aplicación de tal instrumento internacional consideró que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura

cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

En ese orden de ideas, en dicha sentencia se estableció que la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros: a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, *“los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida”*; b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás; y c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Por ende, *“la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones”*.

En tal sentido, se señaló que evaluar la situación de discapacidad conlleva: (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-; (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral.

Así mismo, es menester resaltar que 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 reiterada en CSJ SL11411-2017.

Por otra parte, CSJ SL1360-2018 ha enseñado que una vez se establece la condición de discapacidad del trabajador y la terminación de su vínculo sin permiso del Ministerio del Trabajo, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador, de manera que debe aparecer acreditado que este conocía la condición de salud del trabajador o que esta era notoria. Además, se anota en sentencia CSL SL1152-2013 que debe aparecer acreditado que el empleador realizó ajustes razonables de las condiciones laborales y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que esto se le comunicó al trabajador. Igualmente, que se puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

De igual manera, se dijo que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa, teniendo en cuenta que a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad también se debe demostrar la realización de ajustes razonables, o que no se hicieron estos por ser desproporcionados o irrazonables; y que estas interpretaciones no aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración.

3.2. Caso concreto

Sentadas las anteriores premisas, las cuales serán acogidas desde ya por esta Sala, en la medida en que resultan vinculantes por ser decisiones del órgano de cierre de esta jurisdicción, se constata que en el *sub judice* no fue motivo de discusión que **i)** Orlando Hurtado Paz fue contratado laboralmente el 26 de julio de 1995 para desempeñar el cargo de soldador, **ii)** que en el 2013 fue diagnosticado de tal enfermedad con características tensionales, **iii)** el 19 de octubre de 2017 la Junta Regional de Invalidez lo calificó con una Pérdida de Capacidad Laboral – PCL de 20,74%, **iv)** el 25 de julio de 2018 la modificó a un 35,93% de PCL con fecha de estructuración

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

del 29 de septiembre de 2017, **v)** que el mes de mayo de 2019 la Nueva EPS le diagnosticó las enfermedades de *“apnea del señor, artrosis no especificada, hipotiroidismo no especificado, lumbago no especificado, mialgia, otras degeneraciones disco vertebral, trastorno de dolor persistente, trastorno de los discos intervertebrales no especificado, trastorno depresivo no recurrente, ansiedad, depresión, trastorno de adaptación, síndrome de túnel carpiano, dolor facial, polineuropatía, trastorno disco lumbar, cefalea, cervicalgia, entre otras”* **vi)** que el 30 de agosto de 2019 fue ha llamado a descargos, **vii)** el 3 de septiembre 2019 la empresa dio por terminado el contrato de trabajo, **viii)** que el 13 de noviembre de 2019 el Juzgado 56 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá ordenó el reintegro a favor del demandante.

Dicho esto, el principal argumento dado por el *a quo* en la sentencia, estuvo encaminado a que encontró que el despido no se originó por causas relacionadas con la salud del actor, sino por una justa causa comprobada. Al respecto, la Sala procede a examinar las pruebas aportadas al expediente, con el fin de constatar si la decisión tomada se ajusta a derecho, pues no se debe olvidar, que como se indicó en líneas anteriores, si el despido del trabajador se motiva en una justa causa no se puede predicar el amparo al fuero especial de salud. Así, el vínculo laboral con el demandante lo finalizó la empresa el 3 de septiembre de 2019, en los siguientes términos (fl. 39 *01expedienteremitido.pdf*):

Bogotá, septiembre 3 de 2019

Señor
ORLANDO HURTADO PAZ
E. S. M.



REF: NOTIFICACIÓN TERMINACIÓN DE CONTRATO
LABORAL A TÉRMINO INDEFINIDO

JORGE ENRIQUE NAVARRO PÉREZ, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de GERENTE ADMINISTRATIVO de la empresa TROMEC S.A.S., identificada con el número de NIT 860.061.594-4, por medio de la presente me permito informarle que la EMPRESA HA DECIDIDO DAR POR TERMINADO DE MANERA UNILATERAL Y CON JUSTA CAUSA SU CONTRATO DE TRABAJO, fundamentada en los siguientes hechos, registrados en la diligencia de descargos celebrada el pasado viernes 30 de agosto de los corrientes, en las instalaciones de nuestras oficinas, y que se resumen así:

Los días 15 y 16 de agosto de los corrientes usted se acercó a las instalaciones de la IPS en donde usted está siendo valorado para proroga de incapacidad, y fue notificado que la NUEVA EPS, NO le otorgaría más incapacidades y por lo tanto usted debería reintegrarse a sus labores el pasado 15 de agosto de 2019.

Así las cosas, usted radicó el 20 de agosto de 2019 un derecho de petición en nuestras instalaciones, mediante el cual solicita el disfrute de vacaciones. Dicha solicitud, encontrándonos dentro de los términos legales establecidos para ser atendido, a la fecha la empresa no ha dado respuesta.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

Sin embargo, usted no se ha presentado a laborar, razón por la cual se le citó a una diligencia de descargos con el fin de conocer de su propia voz la situación que estaba ocurriendo.

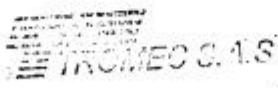
En dicha diligencia se pudo establecer lo siguiente:

- De manera autónoma y unilateral, usted decidió arbitrariamente y sin autorización previa de su jefe o superior laboral inmediato, o por el Departamento de Recursos Humanos, iniciar el disfrute de un periodo de vacaciones.
- Usted dejó de trabajar sin justificación alguna los días 15,16,20,21,22,23,26,27,28,29,30 de agosto, 2 y 3 de septiembre de 2019.
- Dicha ausencia, de un total de 13 días, no se encuentra cobijada por ninguna causal válida, ya que como se expresó anteriormente, su médico tratante le informó que no se le otorgarían más incapacidades por la EPS.

En consecuencia, la liquidación definitiva de su contrato de trabajo estará a su disposición en nuestra tesorería a partir del próximo 18 de septiembre de 2019.

Deseándole éxitos en su futuro,


JORGE ENRIQUE NAVARRO PÉREZ
Gerente Administrativo



De entrada, evidencia la Sala que contrario a lo alegado por demandante, el despido no se fundó por su condición médica de salud, pues del contenido de la carta, claramente se identifica que el motivo de la ruptura del contrato se dio por la presunta ausencia injustificada a laborar por los días 15, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30 de agosto y 2 y 3 de septiembre de 2019, por lo que la Sala verificar si efectivamente se probaron o si por el contrario hubo otros relacionado con su salud.

En ese sentido, se trae a colación la diligencia de descargos rendida por el actor el 30 de agosto de 2019 (fl. 34 a 37 ibid.), en la que informa que las razones de su ausencia esos días:

¿PORQUE NO SE PRESENTÓ A TRABAJAR EL DÍA 15 DE AGOSTO?

RTA: yo estoy en un proceso pensional por discapacidad, me presente el día 15 de agosto para prorrogar la incapacidad en la IPS bienestar bosa a las 08:30 am, y me encuentro con una respuesta de la nueva eps, en donde me decían que ya no me daban nuevas incapacidades, cuando yo tengo un concepto donde no estoy apto para laborar, donde en mayo de 2019 el

medico de la eps me remite para Colpensiones para la calificación de las patologías no calificadas.

Después me dirijo hacia la personería del pueblo a que me solucionen eso, y allá me dicen que no pueden hacer nada.

Después para a la defensoría del pueblo y me dieron cita hasta octubre.

¿USTED SABIA QUE ESTE DIA DEBIA TRABAJAR?

RTA: No, porque estaba en cita médica para la prórroga de mi incapacidad.

¿CUÁNDO NO LE DAN INCAPACIDAD NO LLAMÓ A LA EMPRESA?

RTA: No, no llamé, porque no tengo el número de la empresa, lo tengo en la casa

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

¿CUÁNDO NO LE DAN INCAPACIDAD NO LLAMÓ A NINGUN COMPAÑERO?

RTA: No, porque no tengo compañeros ni el teléfono de nadie.

¿PORQUE NO SE PRESENTÓ A TRABAJAR EL DÍA 16 DE AGOSTO?

RTA: De nuevo fui a mi cita prioritaria en la IPS bienestar bosa, a las 09:54 am, vuelvo a pedir la incapacidad y me dicen que tienen un comunicado de la eps en donde no me quieren cuajar más incapacidades.

Me dirijo a las oficinas de la eps para hablar allá, y no me solucionaron nada, que tenía que pasar un comunicado, y a preguntar porque no me habían hecho las calificaciones y el origen de mi enfermedad, entonces me fui a Colpensiones para averiguar del tema de la valoración y que tocaba volver a radicar al otro día todas las historias clínicas para la valoración de la perdida y calificación integral.

¿USTED SABIA QUE ESTE DIA DEBIA TRABAJAR?

RTA: No, porque estaba en cita médica para la prórroga de mi incapacidad.

¿PORQUE NO SE PRESENTÓ A TRABAJAR EL DÍA 16 DE AGOSTO?

RTA: De nuevo fui a mi cita prioritaria en la IPS bienestar bosa, a las 09:54 am, vuelvo a pedir la incapacidad y me dicen que tienen un comunicado de la eps en donde no me quieren cuajar más incapacidades.

Me dirijo a las oficinas de la eps para hablar allá, y no me solucionaron nada, que tenía que pasar un comunicado, y a preguntar porque no me habían hecho las calificaciones y el origen de mi enfermedad, entonces me fui a Colpensiones para averiguar del tema de la valoración y que tocaba volver a radicar al otro día todas las historias clínicas para la valoración de la perdida y calificación integral.

¿EL DIA 20 DE AGOSTO, DIA HABIL, ¿TRABAJÓ O SE PRESENTO A LA EMPRESA?

RTA: No, porque ese día pedí mis vacaciones a través del derecho de petición

¿LA EMPRESA YA LE DIO RESPUESTA AL DERECHO DE PETICIÓN QUE USTED RADICÓ Y EN DONDE SOLICITABA LAS VACACIONES?

RTA: No

¿USTED EN ESTE MOMENTO SE ENCUENTRA INCAPACITADO?

RTA: No

¿USTED EN ESTE MOMENTO SE ENCUENTRA EN VACACIONES?

RTA: Si

¿A USTED QUIEN LE AUTORIZO QUE SE TOMARA LAS VACIONES?

RTA: No se, yo radique y ya.

¿A USTED LE LLEGÓ ALGUN COMUNICADO DONDE LE AUTORIZABAN LAS VACIONES?

RTA: No

¿USTED COMO SABE QUE SE ENCUNTRA EN VACACIONES?

RTA: Porque pasé mi derecho de petición

De lo anterior se logra evidenciar que el actor efectivamente dejó de labor en los días en los que la empresa y los justifica esencialmente en dos motivos *grosso modo*, por cuanto se terminó su incapacidad médica y tomó los días 15 y 16 de agosto de 2019 para adelantar los trámites de su prórroga y el restante de los días, los entendió como parte de sus vacaciones. Así se corrobora de su interrogatorio de parte en el que manifestó: “Es cierto que

me acerqué el 15 y 16 de agosto de 2019 a la IPS para solicitar una prórroga de la incapacidad. El 15 de agosto tuve una cita prioritaria, pero no me dieron incapacidad. El 16 regresé para que me autorizaran las incapacidades, las cuales fueron negadas en ese momento por el médico, pero no me la negó por mi condición física sino porque la Nueva EPS ordenó no generar más incapacidades a las personas que teníamos tanto tiempo estando incapacitados. (...) Es cierto que el 20 de agosto radiqué un derecho de petición solicitando el disfrute de las vacaciones. Este no me lo contestaron, sino que me llamaron a una audiencia de descargos, (...) Yo no esperé respuesta porque yo mandé un derecho de petición de disfrute de mis vacaciones de manera inmediata por encontrarme en una condición médica desfavorable para mí”.

Entonces, como bien lo concluyó la juzgadora de instancia, al quedar demostrado el incumplimiento grave del actor de sus obligaciones contractuales, en especial, la de realizar personalmente la labor en los tiempos establecidos por la empresa, así como la violación al deber de no ausentarse de su trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 58 y numeral 6 del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, el despido devino en justa causa, por ende, los argumentos dados por el actor no están llamados a acogerse en la medida en que su contrato de trabajo no terminó por razones relacionadas con su salud.

Maxime cuando el demandante, no obstante estar culminado sus incapacidades médicas, decidió ausentarse de su trabajo sin autorización de su empleador y decidir *motuo proprio* empezar a disfrutar del periodo de sus vacaciones sin el consentimiento de este, con lo cual se estaría contrariando el precepto del artículo 187 *ibid.*, y con ello, no se le podía exigir a la demandada que acudiera al Ministerio de Trabajo para solicitar el permiso administrativo a efectos de finiquitar la relación de trabajo, por cuanto no se estaba ante una afectación a la salud del trabajador prevista por el ordenamiento jurídico como fuente de la protección reforzada, por lo que el empleador podía válidamente terminar el contrato sin contar con tal permiso.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00288-01.

Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.

Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

Conviene reiterar lo dicho en líneas anteriores, y es que la prohibición de despido de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se encamina a proteger a los trabajadores en situación de discapacidad a efectos de no ser discriminados por razón de su estado de salud, por lo que no estando en esas condiciones, el empresario no tenía restricción alguna para prescindir de los servicios de Orlando Hurtado, pues tal facultad legal no desaparece (CSJ SL2378-2023).

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. 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:

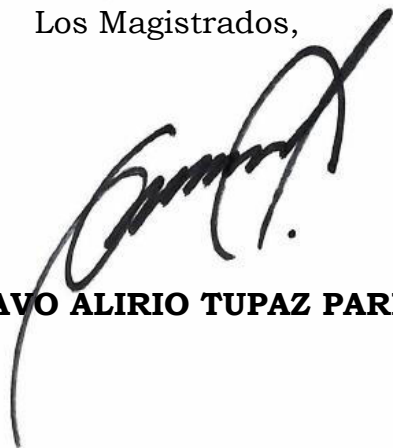
PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de marzo de 2023, en proceso ordinario laboral que Orlando Hurtado Paz adelanta contra Troquelados Metálicos Técnicos SAS., de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

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 05-039-2020-00288-01.
Demandante: ORLANDO HURTADO PAZ.
Demandado: TROQUELADOS METÁLICOS TÉCNICOS SAS.

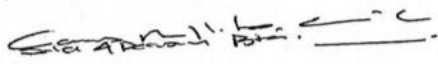
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2021-00274-01.

Demandante: **VICTOR HUGO MENDOZA MORENO.**

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., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de abril de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que adelanta **VICTOR HUGO MENDOZA MORENO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. 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 Santander hoy PROTECCIÓN S.A., el 26 de septiembre de 2000, así como sus traslados posteriores; en consecuencia que se ordene a PORVENIR S.A a trasladar 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 de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** (fls. 1 a 55 del archivo 08, 1 a 169 del archivo 05 y 1 a 52 del archivo 06), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor **VICTOR HUGO MENDOZA MORENO** identificado con cédula de ciudadanía No. **19.410.317**, a la **AFP SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN** efectuada el **día 26 de septiembre de 2000** con fecha de efectividad el **1 de noviembre del mismo año**, y la vinculación a la **AFP PORVENIR** efectuada el **3 de agosto de 2009**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor **VICTOR HUGO MENDOZA MORENO** identificado con cédula de ciudadanía No. **19.410.317**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**, a trasladar dentro de los **cuarenta y cinco (45) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **VICTOR HUGO MENDOZA MORENO** identificado con cédula de ciudadanía No. **19.410.317**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha **5 de mayo de 1982**, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante el señor **VICTOR HUGO MENDOZA MORENO**

identificado con cédula de ciudadanía No. **19.410.317**, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada **COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR.**

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA **PROTECCIÓN S.A** y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PORVENIR** dentro de la que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (\$ 1.000.000) a cargo de cada uno de los fondos privados y en favor de la demandante. Sin condena en costas a **COLPENSIONES.**

SEPTIMO: Si no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el Superior.

2.4. Argumentos del Recurrente.

COLPENSIONES manifestó que no se tuvo en cuenta que el afiliado después del traslado del 2000 guardó silencio por más de 21 años, lo cual evidencia un abandono frente a su aspecto pensional; que conforme al interrogatorio de parte, el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria y nunca estuvo coaccionado; que conforme al material probatorio no se pudo probar la falta de asesoría; que el demandante faltó a su deber de cuidado y diligencia como consumidor financiero, por lo que, ahora no puede recaer las consecuencias del traslado en las demandadas; que la falta de cuidado se puede denotar en el interrogatorio de parte del demandante cuando este precisó que nunca estuvo pendiente de su futuro pensional; que conforme a la jurisprudencia se debe cumplir con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional; que el legislador estableció periodo de carencia precisamente para evitar la descapitalización del R.P.M.; y que con el traslado de régimen pensional nunca se afectaron garantías adquiridas en el régimen de prima media toda vez que el demandante no tiene el beneficio de régimen de transición

Finalmente, **PORVENIR S.A.** manifestó que se probó que el traslado del demandante se dio cumpliendo todos los requisitos que se encontraban vigentes para la fecha del traslado; que a pesar de tener responsabilidad, no es excusa para que el demandante no haya indagado sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen; que no se puede descargar todo el deber de información en el fondo; que el demandante en el interrogatorio de parte demostró un actuar totalmente negligente con su futuro pensional y con sus afiliaciones a los distintos fondos demandados; que conforme al principio de

igualdad, el deber de información también recae en el demandante, el cual como consumidor financiero es el único que en realidad tiene conocimiento de su situación particular y concreta; que resulta completamente inequitativo con el fondo tener que trasladar los gastos de administración, ya que, lo están despojando de unas sumas que fueron debidamente causadas por su correcta actividad administradora; que fue diligente, tal y como se puede avizorar en los respectivos rendimientos financieros, que conforman el 40% de lo que el demandante tiene en su cuenta de ahorro individual, lo cual servirá para financiar su pensión; que en el régimen de prima media un porcentaje de los aportes de los afiliados también se destina a cubrir gastos de administración; que dicho porcentaje no financia la pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes; que no debería desconocerse la gestión que realizó para poder incrementar el saldo de la cuenta de ahorro; que dicha condena representaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES; que dicha condena generaría un perjuicio en su contra, ya que, dichos valores deben ser indexados; que con respecto a los dinero del valor de los seguros, se debe tener en cuenta que dichos valores ya fueron pagados a las aseguradoras; que el demandante siempre estuvo asegurado por los riesgos de invalidez y sobrevivencia; que dicho valor es descontado por un mandato legal; que conforme al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 es improcedente devolver los gastos de administración y los seguros previsionales; que no hay razón para apartarse de la norma mencionada que en caso de confirmar la providencia, se debe revocar lo relacionado a la indexación, dado que generó rendimientos financieros que superan con creces los aportes pensionales del demandante; y que dichos rendimientos que se generaron estarían cubriendo cualquier tipo de depreciación de la moneda.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, se admite el recurso 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 la demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. 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.

3. 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 al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A., así como el traslado posterior que realizó al fondo de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.?

Tesis

Se modificará la decisión de primer grado.

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

3.1. De la Multiafiliación.

Sea lo primero indicar que el artículo 16 de la Ley 100 de 1993 establece que un afiliado no puede realizar cotizaciones simultáneas a los dos regímenes pensionales o distribuirlas entre las mismas; prohibición que también se encuentra consignada en el Decreto 3995 de 2008.

Por su parte, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 prevé que está prohibida la múltiple vinculación, señalando que el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de señalados por la legislación para trasladarse, de manera que cuando cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, sólo será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; así, las demás vinculaciones no serán válidas. En

tal sentido, CSJ Rad. 42500 del 08 de octubre de 2014 ha dicho que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional es la validez de la última afiliación efectuada en los términos legales, aspecto que también puede avizorarse en CSJ SL2259-2022 y CSJ 4332-2022

3.2. De la ineficacia del traslado.

A su turno, 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.

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.

3.3. Caso concreto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 05 de mayo de 1982 presenta aportes en tal régimen, según la documental visible en el expediente administrativo obrante en la carpeta 09; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de septiembre de 2000 (fl.87 del archivo 05), posteriormente, y de ahí se trasladó a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 03 de agosto del 2009, de acuerdo al reporte S.I.A.F. (fl.87 del archivo 05).

De lo anterior es claro para la Sala que el actor tuvo un periodo de permanencia en el R.A.I.S., el cual fue del 03 de agosto de 2009 a la fecha,

pues al decidir la multiafiliación del actor, se definió que quedó vinculado a Colpensiones, anulando la solicitud del 2000 con Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A.

Por ello, acierta parcialmente el *a quo* cuando considera que la afiliación efectuada resultaría ineficaz, no obstante, no podía concluir lo mismo respecto del primer traslado efectuado a la A.F.P. Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de septiembre de 2000, puesto que este había sido invalidado por la cesión por multiafiliación, en tal sentido, no sería dable emprender el estudio de ineficacia sobre un traslado que no se concretó en la vida jurídica, ni mucho menos declarar la ineficacia sobre un traslado que nunca existió; es por ello que el juzgador de primera instancia debió únicamente abordar el estudio de ineficacia respecto del último traslado.

Aclarado lo anterior, , se itera, a folio 156 del archivo 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 03 de agosto de 2009 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 el señor Mendoza Moreno se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (3 de Agosto de 2009) 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 nunca se reunió con los asesores de PORVENIR S.A. y que su afiliación es producto de un requisito para poder iniciar a laborar en la empresa Districar Seguros; 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.

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 acertada la condena proferida por el A Quo, dado que es oportuno que dentro de los valores que se deben devolver por parte de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, deban incluirse los aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, valores pagados por seguros previsionales, comisiones, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, de igual forma es pertinente que dichos valores deban 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, como lo determinó la A Quo.

Por las mismas razones, se hace plausible confirmar que PROTECCIÓN S.A. deba devolver las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima; rubros que deberán pagarse debidamente indexados; condena que es dable, dado a que en el proceso no se demostró que al momento de la cesión por multiafiliación dicho fondo allá trasladado los valores mencionados anteriormente, por lo cual resultaría procedente su condena.

Igualmente, es acertado que se hubiera dispuesto que los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. deben 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.

No obstante, y dado que se declaró la ineficacia del traslado del demandante realizado el 26 de setiembre de 2000; traslado que como quedo visto no se produjo y quedo sin efectos a través de la cesión por multiafiliación, se hace menester **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia a fin se declara ineficaz es solamente el realizado el 03 de agosto de 2009 ante PORVENIR S.A., debiéndose entender que el traslado del 26

de septiembre de 2000 no nació a la vida jurídica por decisión del Comité de Multiafiliación.

En cuanto a la indexación, no se considera que con ella se imponga un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos, misma circunstancia que acaece con los gastos de administración y los seguros previsionales. En todo caso, se itera, que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, de modo que es la A.F.P. quien 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., por lo que, por esta razón no habría lugar compensación alguna como lo pretende PORVENIR S.A. Lo dicho, según CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020

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).

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. 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, en el sentido de establecer que la ineficacia de traslado sólo se da frente al traslado realizado el 03 de agosto de 2009 ante PORVENIR S.A., debiéndose entender que el traslado del 26 de septiembre de 2000 no nació a la vida jurídica por decisión del Comité de Multiafiliación.

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 05-018-2021-00274-01.
Demandante: **VICTOR HUGO MENDOZA MORENO.**
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 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

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., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de abril de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, en proceso ordinario laboral que **EFRAÍN RODRIGUEZ CANAL** adelanta contra las recurrentes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El 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 la A.F.P. Horizonte hoy PORVENIR S.A.; en consecuencia, que PORVENIR 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, argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

al momento de efectuar sus correspondientes traslados, apoyada de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, (fls. 13 a 15 del archivo 11 y 37 a 40 del archivo 07) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción. Igualmente, la segunda propuso la excepción de compensación.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor EFRAIN RODRIGUEZ CANAL con destino a A.F.P. PORVENIR S.A. con la ocasión de la suscripción del formulario de afiliación del 1° de agosto de 1996. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES y a la A.F.P. PORVENIR S.A., que conjuntamente con la A.F.P. COLFONDOS S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante, al régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, junto con los recursos percibidos, por cuenta del actor con destino al RAIS, durante el tiempo que duro irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

ÍNDICE FINAL

_____ x VALOR HISTÓRICO = VALOR INDEXADO

(Valor mensualmente recibido en el régimen de ahorro individual)

ÍNDICE INICIAL

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el giro de los recursos correspondientes con destino al RAIS, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los mismos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas y las vinculadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios de A.F.P. PROTECCIÓN S.A., A.F.P. COLFONDOS S.A., A.F.P. SKANDIA S.A. y A.F.P. PORVENIR S.A, en proporción al tiempo al que estuvo afiliado el demandante a estas administradoras, sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse a este.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

CUARTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIVA SEGUROS S.A., de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

QUINTO: EXCEPCIONES frente al llamamiento, dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor del accionante. En cuanto el llamamiento en garantía, las costas serán a cargo de SKANDIA S.A., En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SÉPTIMO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

2.4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que según lo dispuesto en el artículo 83 constitucional, las relaciones entre particulares y las entidades públicas deben estar regidas por el postulado de la buena fe; que las consecuencias del traslado deben tener efectos *inter partes*; que las obligaciones del traslado de régimen son recíprocas, es así que el afiliado debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2241 del 2010 que enuncia los deberes de los consumidores financieros del sistema de pensiones, dejando claro que el deber de información se integra por una parte con la obligación de asesoría y por otra con la información que debe ser adquirida de manera autónoma por dichos consumidores acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales; y que el demandante aceptó y se acogió a las reglas del régimen privado, pues a partir de la firma del formulario de afiliación y su posterior estadía se entendía su aceptación.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** expuso frente a la condena de devolver los montos debidamente indexados, que esta no resulta pertinente, ya que, la indexación busca frenar la devaluación que pueda llegar a tener la moneda, y esto ya está siendo compensado con los rendimientos; y que en lo referente a los saldos que se pudieran presentar en la cuenta de ahorro individual del demandante y que van a estar dirigidos para la cuenta de ahorro individual del demandante, esta condena no se encuentra claramente en la normatividad vigente por lo que, el fallador de instancia no podía imponer esa sanción, además que esto generaría un enriquecimiento sin justa causa para la entidad.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de julio de 2023, 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 el demandante, SKANDIA S.A, 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.

3. 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 la A.F.P. Horizonte hoy 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.

3.1. 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 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

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 el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de septiembre de 1980 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante en los folios 12 al 23 del archivo 01; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Cesantías y Pensiones Horizonte hoy PORVENIR S.A. en agosto de 1996 (fls 78 del archivo 07).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

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, CSJSL6588-2021 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 desafiliarse del régimen, esto no es lo que caracteriza ni lo que se discute en las acciones de inejecución; 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 inejecución del traslado.

3.2. Caso concreto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 78 del archivo 07 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió en agosto de 1996 con Fondo de Cesantías y Pensiones Horizonte hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos 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 Rodríguez Canal se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (agosto 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 el asesor de Horizonte Fondo de Cesantías y Pensiones le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que tendría mejores garantías en el fondo privado, como lo es 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 a los nuevos traslados del actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PROTECCION S.A en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

septiembre de 2004 (fl.33 del archivo 20), y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en julio 2006 (fl.51 del archivo 19) es de anotar que la mismas no suplen la obligación primigenia que tenía Horizonte Fondo de Cesantías y Pensiones hoy PORVENIR 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).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

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), como por la apelación impetrada, **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer que los valores que debe devolver **PORVENIR S.A** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, son las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, valores pagados por concepto de seguros previsionales, para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, y comisiones; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades.

Así mismo, se **MODIFICARÁ** el aludido numeral, en el sentido de adicionar que se ORDENA a COLPENSIONES que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media.

Por las mismas razones, se hace necesario **ADICIONAR el numeral** en cita, en el sentido de establecer que PROTECCION S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. deberán restituir las sumas descontadas por gastos de administración, devolver comisiones, valores pagados por concepto de garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados.

Así mismo, se **DISPONDRA** que los referidos conceptos a cargo de PORVERNIR S.A., PROTECCION S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. deben 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 cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distinto.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

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 establecer que los valores que debe devolver **PORVENIR S.A** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, son las **cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, valores pagados por concepto de seguros previsionales, para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, y comisiones;** rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente **indexados** y con cargo a sus propias utilidades. Así mismo, se **MODIFICA** el aludido numeral, en el sentido de ADICIONAR que se ORDENA a COLPENSIONES que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 038 2020 00405 01.

Demandante: EFRAIN RODRIGUEZ CANAL.

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS.

media; y que PROTECCION S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. deberán restituir las sumas descontadas por gastos de administración, devolver comisiones, valores pagados por concepto de garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados.

DISPONER que los referidos conceptos a cargo de PORVERNIR S.A., PROTECCION S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. deben 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.

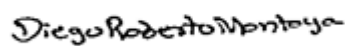
TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

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.

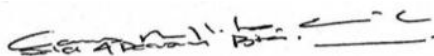
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

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., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

1. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A.** interpuso contra la providencia que profirió el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de marzo de 2023, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de **COLPENSIONES**, en proceso ordinario laboral que **FERNANDO ORTIZ CORREDOR** adelanta contra la recurrente y la beneficiaria de la consulta.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó que se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; en consecuencia, solicita se traslade los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como, aportes, bonos pensionales, sumas aseguradas, rendimientos, intereses y gastos administrativos y, que COLPENSIONES valide tales aportes en la historia laboral.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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

2.2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.** (fls. 02 a 16 del archivo 10, 02 a 38 del archivo 12) se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que consideraban tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

2.3. Providencia Recurrida.

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

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante **FERNANDO ORTIZ CORREDOR** 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** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones **PORVENIR**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

2.4. Argumentos de la Recurrente.

PORVENIR S.A. arguyó que no existían razones fácticas o jurídicas para acceder a la ineficacia del traslado, ya que al demandante se le brindó acompañamiento personalizado para que suscribiera el formulario de afiliación, lo que dio cuenta de su voluntariedad; que el demandante permaneció afiliado al fondo, sin ningún tipo de coacción, y sin elevar ninguna queja al respecto; que para el acto primigenio de traslado no existía una norma que obligara al fondo a guardar soporte documental de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

asesoría ofrecida; que el demandante sí conocía el acto jurídico que estaba celebrando, así como las consecuencias que suponía para su futuro pensional su traslado, por lo que, está válidamente afiliado; que frente al traslado de los gastos de administración, se trata de conceptos que se descuentan de los aportes que efectúa el demandante para incrementar el capital ahorrado, por lo cual no se podrían devolver al afiliado; que las sumas por seguros provisionales son conceptos que se destinan a un tercero, una aseguradora, no puede ser devueltos, toda vez que no están dentro de su patrimonio; que se está incurriendo en una doble condena en su contra y un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, al condenarse al reintegro de los rendimientos junto con la indexación; que la condena en costas debe ser revocada, ya que, su actuar siempre ha sido ajustado a la normatividad vigente, por demás que, al momento del traslado del actor, le brindó la información necesaria.

2.5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 06 de junio de 2023, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso a correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que cual 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.

3. 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 **PORVENIR S.A.**?

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

3.1. 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.

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 22 de agosto de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral allegada por PORVENIR S.A. (fls. 43 a 46 del archivo 12); y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 16 de julio de 1999 (fl. 39 y 40 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR 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 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

desafilarse 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.

3.2. Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 39 y 40 del archivo 12 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 16 de julio de 1999 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 el señor Ortiz Corredor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (16 de julio de 1999) 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

que indicó que al momento de realizar su afiliación al R.A.I.S únicamente le manifestaron que tendría mayor estabilidad en el fondo privado; 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.

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.

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. Así, resulta dable, incluso, en grado jurisdiccional de consulta (CSJSL2173-2022),

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia a fin de establecer que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, también debe devolver los valores pagados por concepto de **bono pensional y comisiones; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

En cuanto a la indexación se aclara que su imposición no se considera un doble pago, puesto que tanto el capital como sus rendimientos se han vistos sometidos a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo, y se tratan de dos rubros distintos.

Así mismo, se DISPONDRÁ que los referidos conceptos a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.** deben 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 y seguros previsionales, 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).

3.3. Costas Primera Instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Finalmente, y en lo referente a costas el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia contraria a los intereses de PORVENIR S.A. se considera que es dable que tal entidad asuma tal carga, por lo que se confirmará tal condena.

4. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

5. 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 establecer que dentro de los valores que debe devolver **PORVENIR S.A.** con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, también debe devolver los valores pagados por concepto de **bono pensional y comisiones; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente indexados.**

DISPONDER que los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A.** deben 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2021 00528 01.

Demandante: FERNANDO ORTIZ CORREDOR

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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