



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.18-2021-00140-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a favor de esta última, contra la sentencia del 14 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS a través de **PORVENIR** y se ordenó a esa AFP a trasladar a **COLPENSIONES** el valor de todos los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación y corregir la historia laboral, y condenó en costas a **PORVENIR**, **SKANDIA** y **PROTECCIÓN** (*min. 01:19:38, archivo “18EnlaceGrabacionAudienciaVirtualFallo”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

ZULMA VILLAR MATEUS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**,

SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con el fin de que se declare la nulidad por ineficacia (SIC) del traslado de régimen pensional realizado al RAIS a través de Horizonte hoy **PORVENIR**, así como la anulación de los traslados horizontales realizados en ese mismo régimen, y, en consecuencia, se ordene el traslado y la afiliación a **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad, y a las **AFP** a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas y demás dineros aportados al RAIS, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al ISS por primera vez en el ciclo de mayo de 1987; se vinculó laboralmente con el Banco Ganadero S.A. en septiembre de 1997, corporación que fue comprada por el Banco BBVA Colombia en enero de 1998, y en ese mismo año el empleador la envió a prestar sus servicios a España; que se reintegró a prestar sus servicios al Banco BBVA Colombia en octubre de 2000, fecha para la cual dicho Banco había adquirido a la AFP Horizonte, y por medio de su asesor comercial motivó el traslado de sus trabajadores con la persuasión de pertenecer y apoyar a su empleador con el nuevo fondo de pensiones que había adquirido.

Manifestó que el 27 de octubre de 2000, sin recibir información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada, por móviles erróneos y confiada en el prestigio y tradición de un importante grupo financiero, firmó el formulario de solicitud de vinculación a HORIZONTE; posteriormente realizó traslados horizontales en el RAIS a ING hoy PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA; que el 16 de octubre de 2020 radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES y presentó solicitudes a las AFP para que le entregaran los soportes, proyecciones y asesorías que le brindaron al momento de surtirse el traslado de régimen pensional, peticiones que fueron respondidas de forma negativa (*pág. 05 a 27, archivo “01DemandaAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación en el RPM, la fecha de nacimiento y la edad de la demandante, la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la radicación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 del 2021*; el error de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe y la innominada o genérica (pág. 03 a 37, archivo “05ContestacionDemandaColpensiones”).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones presentadas en su contra. Aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP, la solicitud presentada y la respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*; actos de relacionamiento; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable; prescripción de la acción; la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe y la innominada o genérica (pág. 02 a 31, archivo “06ContestacionDemandaSkandiaLlamamiento...”). Llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., petición que fue negada.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la entrega de documentos, la fusión con ING PENSIONES Y CESANTÍAS, el traslado

automático de los afiliados de esa AFP a PROTECCIÓN, la fecha de nacimiento y edad de la accionante, la presentación de la petición y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; Aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; traslado de la totalidad de aportes a OLD MUTUAL y la innominada o genérica (pág. 3 a 27, archivo “07ContestacionDemandaProteccion”).

Y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 3 a 49, archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:19:38, archivo “18EnlaceGrabacionAudienciaVirtualFallo”)

El 14 de marzo de 2023, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación de la señora ZULMA VILLAR MATEUS, identificada con la cédula 51.895.429, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., suscrita en el mes de octubre del año 2000, con fecha de efectividad del 1° de diciembre de la misma anualidad, de conformidad con las razones expuestas en la parte de este fallo (SIC). **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora ZULMA VILLAR MATEUS identificada como se señaló anteriormente, 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 AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A., a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en

*su cuenta de ahorro individual, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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 providencia, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y detallados con sus respectivos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que así lo justifique, de acuerdo con lo señalado en precedencia. **CUARTO: ORDENAR** a las AFP demandadas, si tiene dineros de la demandante, trasladarlos con el fin de dar cumplimiento a esta orden judicial. **QUINTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la señora ZULMA VILLAR MATEUS identificada como quedó anteriormente y a corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros por parte de PORVENIR S.A. **SEXTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, propuesta por las demandadas y relevarse de los demás medios exceptivos propuestos por la misma. **SÉPTIMO: Condenar** en costas a las demandadas, esto es, a la AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. cada una de ellas deberá pagar por costas procesales \$1.500.000 a favor de la parte actora, a COLPENSIONES no se impone costas. **OCTAVO:** Contra esta sentencia solo procede el recurso de apelación. Teniendo en cuenta que, en esta sentencia, las pretensiones son adversas a COLPENSIONES, el Despacho, frente a esta última, ordenará enviar o surtir el grado jurisdiccional de consulta...”*

Para resolver el Juez indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el expediente no se encontró que el fondo de pensiones Horizonte hoy PORVENIR haya dado ningún tipo de información al momento del traslado de régimen pensional realizado por la demandante, pese a que la AFP tiene que cumplir con ese deber, no se evidencia que se haya indicado las características de cada uno de los regímenes, sus ventajas y desventajas, por lo que dedujo que esa afiliación realizada en el año 2000 se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PORVENIR presentó recurso de apelación parcial respecto de la condena por indexación. Señaló que través de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL9316 de 2006 se precisó el alcance de la indexación, por lo que si se tiene en cuenta la responsabilidad del fondo de pensiones de generar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro de los afiliados, resulta incompatible y excluyente esta orden porque los ahorros de la demandante no se vieron afectados por la inflación de la economía y contrario a ello PORVENIR por

su administración le garantizó rendimientos mínimos establecidos en la Ley; y que en la sentencia del Tribunal Superior de Cali en sentencia del 20 de enero del año en curso, radicado 2022-562 indicó que con el traslado de los dineros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, siendo ello así considera que la condena implica una doble sanción (*min. 01:22:58, archivo “18EnlaceGrabacionAudienciaVirtual...”*).

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que no puede considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, pues la misma ley previó distintos deberes para que se asesoren de la mejor manera, y como se evidenció en el interrogatorio la demandante no fue presionada ni coaccionada, tuvo traslados horizontales, por lo que estuvo en constantes asesorías; que la Corte Constitucional en la sentencia T-122 de 2017 y en otras providencias, ha indicado que nadie puede alegar su propia culpa a su favor; que se deben evitar reglas automáticas que permitan el traslado de régimen pensional bajo cualquier condición y aprovechándose de la imposibilidad que tiene la parte demandada de probar un hecho que ni la legislación ni la jurisprudencia exigían configurar para el momento del traslado; que la accionante alega la ignorancia de la ley para justificar la decisión que tomó, pese a que las características del RAIS se encuentran contenidas en el artículo 59 y ss. de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional le impone su conocimiento a todos los ciudadanos, máxime cuando ella suscribió la afiliación de manera voluntaria y realizó varios traslados horizontales, por lo que se busca es un beneficio en interés propio (*min. 01:25:30, archivo “18EnlaceGrabacionAudienciaVirtualFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la doctora Giomar Andrea Sierra Cristancho, identificada con CC No. 1.022.390.667 y T.P. No. 288.886 del C. S. J., a quien se le reconoce esa calidad, y en su escrito de alegatos

solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

Y pese a que **PORVENIR** presentó recurso de apelación solo por la condena por indexación, solicitó la revocatoria de la sentencia señalando, entre otros aspectos, que el acto jurídico produjo los efectos que las partes pretendían, pues la demandante luego de recibir la información necesaria y suficiente decidió escoger el régimen de ahorro individual, pudiendo hacer uso del derecho de retracto.

Y los apoderados de la demandante y **SKANDIA** solicitaron la confirmación del fallo de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, conforme lo alegado en

los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) ZULMA VILLAR MATEUS** nació el 18 de mayo de 1967 y se afilió al RPM a partir del 12 de mayo de 1987 (pág. 39, *archivo “05ContestacionDemandaColpensiones”* y pág. 121, *archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 27 de octubre de 2000, con efectividad a partir del 1° de diciembre siguiente (pág. 115 y 117, *archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”*); **iii)** y realizó diversos traslados horizontales en el RAIS, inicialmente a ING hoy **PROTECCIÓN** el 19 de agosto de 2008 (pág. 36 y 41, *archivo “07ContestacionDemandaProteccion”*), posteriormente se trasladó a **SKANDIA** el 07 de diciembre de 2009 (pág. 32 y 42, *archivo “06ContestacionDemandaSkandiaLlamamientoGarantia”*), y finalmente regresó a **PORVENIR** el 1° de octubre de 2014, donde permanece actualmente (pág. 115 y 120, *archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de*

libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las

sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación, no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que no recibió una asesoría personalizada al momento del traslado, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar diferentes traslados entre administradoras del RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características

de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta los argumentos expuestos en la alzada por **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia frente a **PROTECCIÓN** y **SKANDIA** se modificará la sentencia.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019,

SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se modificará el alcance de la condena.

Además, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del Sistema General de Pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “**PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado realizado por ZULMA VILLAR MATEUS, identificada con la cédula 51.895.429, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., suscrita en el mes de octubre del año 2000, con fecha de efectividad del 1° de diciembre de la misma anualidad**”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR a PROTECCIÓN S.A.** y a **SKANDIA S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dichas Sociedades, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PROTECCIÓN** y **SKANDIA** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal QUINTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR a COLPENSIONES** a reactivar la afiliación en el RPM y a actualizar la historia laboral de la demandante, una vez reciba todos los dineros que deben reintegrar las AFP demandadas.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

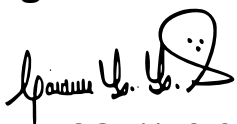
SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ZULMAR VILLAR MATEUS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2021 00140 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 18-2019-00426-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE** contra el fallo del 05 de mayo de 2021, por el cual el Juez se declaró inhibido frente la pretensión de reintegro por fuero sindical, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (archivo “21.1 Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 14 archivo “003Demanda”).**

CESAR AUGUSTO GUEVARA GARCÍA solicitó su reintegro por fuero sindical de fundador; el pago de salarios, prestaciones sociales y sus correspondientes diferencias, por haber ejercido puestos en calidad de encargado y su ascenso a los cargos desempeñados temporalmente; reconocer y entregar el préstamo de vivienda, el incremento de salario del 7% por obtener título técnico y carrera profesional, el 50% de la beca por estudios superiores, el incremento salarial de 2017, la prima de vacaciones de 2017, la prima proporcional y descanso proporcional de 2018, la compensación de vacaciones de 2017 y 2018, pensión convencional, el importe del 4%

descontado al salario por 20 años, reliquidación de aportes, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente reclamó la reliquidación de la indemnización convencional por terminación unilateral del contrato conforme la diferencia salarial y prestacional a su favor, indemnización por no consignación de cesantías, intereses, indemnización moratoria, indexación, reliquidación de cesantías, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que inició el 16 de abril de 1998 una relación laboral con **ETB**; que el 18 de diciembre, se graduó como auxiliar de servicios docentes obteniendo el derecho convencional al incremento del 7% de la remuneración, el cual le negó la oficina de talento humano. Agrega que los 03 primeros meses de relación laboral sirvió al área de mantenimiento de teléfonos públicos, resolviendo reclamos telefónicos y escritos, peticiones, acciones de grupo y tutelas de los usuarios, pese lo cual solo recibió la remuneración del cargo.

Agregó que en agosto de 1999, se desvinculó al ingeniero CARMELO SAN JUANES MEDINA del área de mantenimiento de teléfonos públicos, cuyas funciones asumió como reemplazo durante 24 meses, sin percibir la correspondiente remuneración y además el ordinal b) del numeral 6 del artículo 12 convencional vigente para entonces consagró el derecho de ascenso de encargado a titular y pese ejercer el cargo por aproximadamente 03 años, la **DEMANDADA** no lo ascendió; sin embargo, JORGE ROJAS sí recibió la remuneración de jefe de mantenimiento solo por firmar el trabajo hecho por el **DEMANDANTE**, quien además debió asumir la función de los instaladores, por lo cual su jornada empezaba a las 6:30 am y se prolongaba por 10 o más horas, tiempo suplementario que nunca remuneró **ETB**.

Aseguró que al ingeniero JORGE ALBERTO ROJAS SÁNCHEZ lo reemplazó NÉSTOR RAÚL GUERRA CARDENAS como jefe de mantenimiento de teléfonos públicos en propiedad, quien siguió

ganando la remuneración del trabajo del **DEMANDANTE** por solo firmar el mismo, luego en 2001 se nombró a ADRIANA DEL PILAR GÓMEZ como nueva jefe, a quien tuvo que entrenar por 06 meses.

Aseguró que el 1° de abril de 2011, se graduó como abogado y el numeral 6° del título III convencional consagró un incremento del 7% por graduarse en estudios superiores, solicitando beca por su buen desempeño académico, pero solo se le reconoció hasta sexto semestre. De otra parte, durante las licencias y vacaciones de FAUSTINO SUÁREZ RINCÓN, quien era el jefe distribuidor general de la central de avenida chile, tuvo que reemplazarlo en sus funciones, pero solo se le reconoció el descanso de vacaciones, en todo caso, el 28 de febrero de 2018 dicho puesto quedó vacante porque el señor SUÁREZ se pensionó y el ordinal d) del numeral 3 del artículo 3 convencional establecida que el cargo sería reemplazado por trabajador de la empresa, sin embargo, se encargó el puesto a JORGE ELIECER RENGIFO LARA en perjuicio del **DEMANDANTE** y su derecho convencional.

Señaló que el 28 de junio de 2018, no pudo ingresar a su sitio de trabajo ni usar su computador corporativo, por lo cual solicitó el restablecimiento para cumplir sus funciones, lo cual nunca ocurrió, por tanto, firmó la planilla de trabajo de ese día y remitió escritos el 04 de julio de 2018, informado la situación a **ETB** y al MINISTERIO DE TRABAJO en los que denunció el acoso laboral en su contra porque la **DEMANDADA** finalizó su contrato de trabajo impidiéndole su ingreso a laboral, a pesar de que era fundador de SINALTRATISC y de que siempre fue miembro activo de SINTRATELEFONOS, con quien se suscribió convención colectiva que en su artículo 22 reconoció la pensión a favor del trabajador que estando al servicio de entidades oficiales cumpliera 50 años, lo cual cumplió antes del Acto legislativo 1° de 2005. Por su parte, el literal b) del artículo 21 de la convención de 184-1985, consagró el pago completo del quinquenio cuando al tiempo del retiro faltare menos de un año para cumplirlo.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 1 a 23 archivo “007ContestacionDeDemanda”).**

La **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia de la relación laboral, su extremo temporal inicial y que le finalizó el contrato de trabajo. Aseguró que el **DEMANDANTE** siempre ocupó el cargo de Auxiliar VII, siendo su labor recibir llamadas en un PBX, siendo falso que fuera responsable de resolver asuntos legales porque para ello existe un área jurídica, de otra parte, el salario pagado era el propio de su cargo y contrato, siendo falso que hubiera ocupado el puesto de jefe de mantenimiento y tampoco actuó como capacitador ni inductor del personal en general y mucho menos de sus jefes, de otra parte, las normas convencionales citadas en la demanda no existen ni se precisó la presunta convención a la que pertenecen, ni se aportó la convención para acreditar los derechos reclamados, mucho menos si son de tipo pensional, los cuales no existen por la prohibición del Acto Legislativo 1° de 2005 y porque mientras estuvieron vigentes exigían la vinculación con anterioridad a 1991, siendo que el **DEMANDANTE** se vinculó hasta 1998.

Aseguró que su régimen de personal corresponde al del sector privado, por eso no existe la figura de vacancia de los cargos y si bien la compañía promueve la educación de sus trabajadores, ello no implica ningún deber de ascenderlos, de otra parte, fue un comité formado por sindicato y empresa el que negó las solicitudes de crédito al **DEMANDANTE** por baja capacidad de deuda. Indicó que le terminó el contrato de trabajo sin justa causa al actor el 27 de junio de 2018, a quien le pagó una millonaria indemnización conforme su real salario, la ley y las normas convencionales, por lo cual no existe ningún saldo pendiente de pago.

Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, terminación del contrato de trabajo ajustada a derecho, carencia de derecho a una pensión convencional, inexistencia de la obligación de pagar la indemnización moratoria, indexación, perjuicios o costas procesales, falta de supuestos fácticos y probatorios que

soporten las pretensiones, ausencia de causa, pago, prescripción, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (xx archivo “21.1Audiencia”).

El 06 de abril de 2021, el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARARSE INHIBIDA respecto de la pretensión de acción de reintegro, propuesta por el demandante CESAR AUGUSTO GUEVARA por fuero sindical en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., de acuerdo con la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: ABSOLVER a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, tanto principales como subsidiarias, incoadas por el señor CESAR AUGUSTO GUEVARA GARCÍA y de acuerdo con la parte motiva de este proveído. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad DEMANDADA, de acuerdo con la parte motiva de este fallo. CUARTO: IMPONER costas a la parte actora, señálense como agencias en derecho la suma de \$700.000, suma que deberá ser cancelada a favor de la entidad DEMANDADA. QUINTO: contra esta sentencia solo procede el recurso de apelación. En caso de que la parte DEMANDANTE no apele esta sentencia, el Despacho ordenará remitir el expediente al Superior a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.

El *a quo* indicó como problema jurídico determinar si al **DEMANDANTE** le asiste derecho al reintegro, así como a salarios y prestaciones dejados de percibir, a las diferencias salariales y prestacionales por ejercer cargos, al ascenso y demás beneficios convencionales solicitados. De forma subsidiaria, fijar si procede la reliquidación de la indemnización convencional, pago de diferencias salariales y prestacionales, cesantías, indemnizaciones y costas y agencias en derecho.

Para resolver indicó que no hubo discusión sobre la existencia del contrato de trabajo y su extremo temporal inicial el 16 de abril de 1998, sin embargo, declaró el 27 de junio de 2018 como fecha de terminación, conforme la prueba documental. Negó el reintegro por cuanto no es el proceso ordinario laboral sino el proceso especial de fuero sindical, el escenario para tramitar dicha acción de reintegro. Frente la pensión convencional, indicó que la convención colectiva de

trabajo de 1994 consagró en su artículo 42 tal derecho a favor de los trabajadores que ingresaran desde el 1º de enero de 1992, cuyas condiciones de edad serían conforme la Ley, siendo que la Ley 33 de 1985 exige 20 años de servicios, los cuales se cumplieron en 2018, fecha muy posterior al 31 de julio de 2010, fecha límite para causar el derecho según el Acto Legislativo 1º de 2005, por lo que rechazó la prestación. Negó las diferencias salariales porque el **DEMANDANTE** no demostró haber ejercido cargos superiores, careciendo de prueba para acceder a la pretensión.

Desestimó los beneficios convencionales, pues no se alegó ni demostró algún hecho que soportara las suplicas ni se individualizó la fecha de causación ni la fuente convencional del derecho en los más de 20 años de vigencia de la relación laboral. Finalmente, al no acceder a las diferencias ni reliquidaciones convencionales, negó el ajuste de la indemnización convencional de despido y la indemnización moratoria.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Por su parte, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó confirmar la sentencia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa al **DEMANDANTE**, en su calidad de trabajador, y no interpuso recurso de apelación, procede el grado jurisdiccional de consulta en su favor conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66A CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia de las pretensiones reclamadas por el **DEMANDANTE**, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* Juez se declaró inhibido frente la pretensión de reintegro por fuero sindical, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE**.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la acción de reintegró por vulneración de fuero sindical.**

Los artículos 112 CPTSS y siguientes regulan el proceso especial laboral de fuero sindical, que por la importancia de los bienes jurídicos objeto de litigio no se tramita a través del procedimiento ordinario, siendo el trámite especial el escenario procesal judicial donde ventilar las demandas de aquellos trabajadores que alegan que fueron despedidos sin justa causa previamente calificada por el Juez en perjuicio del fuero sindical del que son titulares.

Así las cosas, es notorio que el apoderado del **DEMANDANTE** reclamó el reintegro de su cliente alegando que fue despedido pese ser protegido al ser fundador de una organización sindical, en consecuencia, no hay duda de que solicitó la protección del fuero sindical conforme el artículo 406 CST, razón por la cual dicha pretensión debía ser resuelta a través del proceso especial y no mediante demanda ordinaria laboral, por lo cual se confirmará la decisión del *a quo* de declararse inhibido para resolver la misma.

- **De las formalidades para el reclamo de derechos convencionales.**

Conforme el artículo 467 CST y el artículo 46 de la Ley 6 de 1945 para el caso de los trabajadores oficiales, la convención colectiva es el acuerdo suscrito entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno o más sindicatos o federaciones sindicales, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

En cuanto la forma de la convención, el artículo 469 CST indica que se debe celebrar por escrito y depositar en el MINISTERIO DE TRABAJO a más tardar dentro de los 15 días siguientes a su firma, so pena de no producir efectos. Considerando esta norma, la H. Corte Suprema de Justicia señala que la carencia de nota de deposito impide asignar efectos jurídicos a una convención colectiva de trabajo aportada a juicio, salvo que no haya controversia entre las partes sobre la validez de la misma o de la existencia del derecho convencional alegado, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 37-572 del 22 de agosto de 2012, SL1068-2021, SL1975-2021, SL3628-2022, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, el apoderado del **DEMANDANTE** no aportó las convenciones colectivas con nota de depósito, sin embargo, informó que solicitó su copia al MINISTERIO DEL TRABAJO a través de derecho de petición, siendo allegadas durante el desarrollo de la primera instancia e incorporadas al expediente por auto dictado en oralidad el 02 de diciembre de 2020 (subcarpeta “18.1Anexos”), por tanto, se cumplen los requisitos para considéralas en juicio como fuente válida de derecho.

No obstante lo anterior, advierte la Sala que el apoderado del **DEMANDANTE** reclamó el derecho convencional al ascenso de los cargos que alegó haber ocupado en encargo, con el subsecuente pago de las diferencias salariales y prestaciones a su favor, sin embargo, no cumplió la carga de la prueba sobre su desempeño en el cargo de jefe de mantenimiento o como jefe distribuidor general de la central de avenida chile, por cuanto no allegó un solo documento que respalde dicha afirmación, desistió de los testimonios solicitados. El informe

juramentado que presentó **ETB** afirma claramente que el **DEMANDANTE** siempre ocupó el cargo de Auxiliar VII y el único encargo que desempeñó, el cual finalizó el 31 de mayo de 2000, lo fue para ocupar el cargo de instalador reparador (archivo “2019-00426 INFORME BAJO JURAMENTO ETB” subcarpeta “Correo electrónico del Martes, 1 de Diciembre de 2020, 10.33 a.m”).

En consecuencia, más allá de la discusión sobre si las normas convencionales pactaron el derecho al ascenso o pago de salarios y prestaciones según el nivel del cargo ejercido en encargo, lo cierto es que no hubo ningún esfuerzo probatorio efectivo por parte del **DEMANDANTE** que acredite que hubiera ocupado los cargos señalados en su demanda, lo que conlleva a que no haya mérito para acceder a sus suplicas.

Igual suerte corren las pretensiones relativas al pago de becas, préstamo de vivienda e incrementos del salario por título técnico y profesional, pues el apoderado del **DEMANDANTE** no aportó ni solicitó prueba alguna que acredite los supuestos fácticos sustento de dichas pretensiones, al punto que ni siquiera allegó constancia de los presuntos títulos técnicos y profesionales de su cliente, como tampoco de algún negocio que proyectara respaldar con crédito de vivienda o siquiera el valor de los derechos académicos por los cuales reclamar beca, en consecuencia, más allá de la discusión de si tales derechos fueron pactados convencionalmente, lo cierto es que de nuevo no hay ninguna evidencia que respalde sus pretensiones.

Del mismo modo, los derechos convencionales reclamados por las anualidades 2017 y 2018, parten del supuesto de aceptar que el **DEMANDANTE** reemplazó al jefe distribuidor general de la central de avenida chile; en consecuencia, ante la falta de acreditación de tal hecho, no hay opción distinta que también despachar desfavorablemente dichas suplicas.

En cuanto el reconocimiento de la pensión convencional de jubilación, conforme el artículo 21 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1994, la **DEMANDADA** acordó un régimen a favor de sus

trabajadores vinculados a 31 de diciembre de 1991 y otro para aquellos que ingresarán a partir del 1° de enero de 1992, último al que perteneció el actor, quien indicó que ingresó el 16 de abril de 1998, hecho aceptado por **ETB** (pág. 12 a 13 archivo “*RECOPILACION A 1994*” subcarpeta “*Correo electrónico del Jueves, 26 de Noviembre de 2020, 4.37 p.m*”).

Así las cosas, el segundo grupo de trabajadores tendrían derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme las normas legales que rigen la materia en cuanto edad, tiempo, liquidación, monto y límite máximo del valor de la pensión.

Por lo anterior, este Tribunal comparte la conclusión del *a quo* de que a pesar de que la pensión convencional de jubilación no fue derogada expresamente por el empleador y sindicato, lo que conllevó a su prorroga tácita conforme el artículo 77 CST, lo cierto es que el Acto Legislativo 1° de 2005 limitó la vigencia de la misma hasta el 31 de julio de 2010, fecha para la cual el **DEMANDANTE** no contaba con el tiempo de servicios exigidos para causar la pensión de jubilación ya sea por la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Acuerdo 049 de 1990 o Ley 100 de 1993, por cuanto a la fecha de retiro el 27 de junio de 2018 había laborado apenas 20 años 02 meses y 11 días conforme la liquidación final del contrato (archivo “*14- LIQUIDACION FINAL Y CARTA TERMINACIÓN*” subcarpeta “*8.1Anexos*”).

En efecto, si al 27 de junio de 2018 llevaba 20 años de servicios, significa que para el 31 de julio de 2010 apenas reunía 12 años de servicios, motivo por el cual no cumplía tiempo exigido por los distintos regímenes pensionales legales e, inclusive considerado su fecha de nacimiento el 24 de julio de 1969 (Pág. 113 archivo “*003Demanda*”), apenas tenía 41 años, por lo cual no consolidó su derecho a la fecha en que el Acto Legislativo 1° de 2005 restringió completamente el reconocimiento de derechos pensionales convencionales.

Así las cosas, al no salir adelante ninguna pretensión relativa al pago de diferencias o incrementos salariales convencionales, le siguen la consecuencia lógica de rechazar la pretensión subsidiaria de reliquidación de la indemnización convencional por despido, la cual

ascendió a \$61.902.296 conforme la liquidación final del contrato de trabajo (archivo “14- LIQUIDAC FINAL Y CARTA TERMINACIÓN” subcarpeta “8.1Anexos”), sin que exista ningún elemento de prueba para concluir que dicho monto es inferior al que realmente corresponde en derecho. Igual suerte corre la pretensión de condena a la indemnización por no consignación de cesantías, frente la cual no solo no existe ningún fundamento fáctico que respalde tal suplica, sino que además al no salir avante ninguna solicitud relativa al incremento salarial implica que no se haya probado mérito para considerar que el monto consignado por dicha prestación fue deficitario, lo que de paso desvirtúa las suplicas relativas a la reliquidación de dicha prestación social.

Por todas las consideraciones efectuadas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

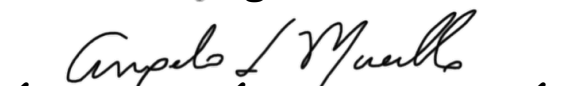
RESUELVE

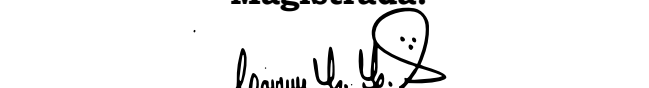
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20-2017-00303-02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante **JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA** y la demandada **SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN** contra la sentencia del 19 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la demandada **INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, declaró la unidad de empresa entre **SALUDCOOP EPS OC, CTA EFECTIVA, IAC ACCIÓN Y PROGRESO** e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, condenó a **INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA** y a **SALUDCOOP EPS OC** al pago de acreencias laborales, absolvió a las demás demandadas y condenó en costas a **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** y a **SALUDCOOP EPS OC** (*min. 01:58:13, archivo "110013105020201700303 Aud. Art.77 C.P.T.Y.S.S._20211019..."*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA llamó a juicio a **SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO – EFECTIVA CTA;**

INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO – IAC ACCIÓN Y PROGRESO; INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN – IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN; CAFESALUD EPS S.A.; CRUZ BLANCA EPS S.A. y SALUDCOOP EPS ORGANISMO COOPERATIVO – SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN con el fin de que se declare la existencia de unidad de empresa entre las EPS, que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN** y las EPS utilizaron la figura de tercerización en su vinculación laboral, que existió un contrato laboral teniendo como empleadores a las EPS, que todas las demandadas son solidariamente responsables de las acreencias laborales y en, consecuencia, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, intereses moratorios y costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que **SALUDCOOP EPS OC** ejerce situación de control y grupo empresarial en calidad de matriz sobre las entidades **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA; CAFESALUD EPS S.A. y CRUZ BLANCA EPS S.A.**; que entre **SALUDCOOP EPS OC** e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, se celebraron dos contratos de mandato el 1 de junio de 2008 y el 15 de agosto de 2014, y un contrato de prestación de servicios profesionales el 15 de agosto de 2014, en virtud de los cuales **SALUDCOOP** requería trabajadores en misión y solicitaba su desvinculación a **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**; que **SALUDCOOP** era quien pagaba los gastos generados por las obligaciones laborales de dicho personal y establecía las condiciones de contratación; que **CAFESALUD EPS S.A. y CRUZ BLANCA EPS S.A.** también requerían personal para trabajar en su beneficio y celebraron contratos con **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** en similares términos.

Manifestó que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** fue constituida el 25 de marzo de 2008, con un patrimonio de \$10.000.000, cuyos fundadores son **EFFECTIVA CTA** con un 10% de aportes, **IAC ACCIÓN**

Y PROGRESO con un 20% de aportes y **SALUDCOOP EPS OC** con un 70%, quienes tienen representación en la asamblea general; que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** envió trabajadores en misión a las EPS demandadas sin que se haya constituido como una empresa de servicios temporales; y que la Superintendencia de Economía Solidaria resolvió ordenar la liquidación de **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** mediante Resolución 20161400007565 del 14 de diciembre de 2016.

Expresó que el 16 de septiembre de 2005, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con **IAC PROCESAMIENTO INTEGRAL DE DATOS**, para el cargo de auxiliar de operaciones nacionales, funciones realizadas en beneficio de **SALUDCOOP EPS OC**, **CAFESALUD EPS S.A.** y **CRUZ BLANCA EPS**; que el 1° de junio de 2008, su empleador suscribió cesión de contrato con **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**; que como último salario devengó la suma de \$1.220.900; que sus jefes inmediatos fueron Jairo Enrique Lancheros, Ruby Marcela Salgado y Silvio Raúl Castro; que el 18 de julio de 2016, recibió carta de despido sin justa causa, sin que le haya sido pagada su liquidación final del contrato; que **SALUDCOOP EPS OC**, **CAFESALUD EPS S.A.** y **CRUZ BLANCA EPS** acordaron con **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** el pago de liquidación de prestaciones sociales más una bonificación pero solo a las personas que suscribieron acuerdo de transacción.

Precisó que la situación financiera de **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** era conocida por las EPS demandadas; que el 11 de noviembre de 2016 solicitó a **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** se le informara las razones por las cuáles no se había efectuado el pago de su liquidación final; que el 28 de noviembre de 2016 solicitó al liquidador incluir la acreencia laboral en el proceso liquidatorio y que el 16 de enero de 2017 elevó reclamación administrativa (*pág. 5 a 50, archivo "01 2017-303 T.1 FL. 500"*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

EFFECTIVA CTA se opuso a las pretensiones. Aceptó la constitución de **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, los asociados fundadores, los porcentajes de aportes, las funciones del consejo de administración y la renuncia de los miembros principales de dicho consejo. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la relación laboral*; carencia del derecho; buena fe; prescripción; compensación; pago; cobro de lo no debido; inexistencia de las obligaciones reclamadas e inexistencia de solidaridad entre las demandadas (pág. 354 a 365, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”).

INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación por pasiva*; prescripción; inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto; inexistencia de obligación laboral; inexistencia de los requisitos para la declaratoria de unidad de empresa; inexistencia de solidaridad y la innominada o genérica (pág. 382 a 409, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”).

CAFESALUD EPS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la suscripción de contratos con **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA**. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; prescripción; temeridad y mala fe; y buena fe (pág. 478 a 500, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”, y pág. 1 a 6, archivo “03 2017-303 T.3 FL.1500”).

INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN se opuso a las pretensiones condenatorias. Aceptó la suscripción de los contratos con las EPS demandadas, el envío de trabajadores en misión, las condiciones de la contratación, los asociados fundadores, los porcentajes de aportes, las funciones del consejo de administración y la renuncia de los miembros

principales de dicho consejo, la no constitución de empresa temporal, el origen de los pagos de acreencias laborales y la liquidación de la entidad. Expresó que los demás hechos no le constaban, no formuló excepciones (*pág. 36 a 44 y 108 a 132, archivo “03 2017-303 T.3 FL.1500”*).

CRUZ BLANCA EPS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó que **SALUDCOOP** es la matriz del grupo empresarial del cual hace parte y la suscripción de contratos con **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA**. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*; inexistencia de responsabilidad solidaria; inexistencia de relación laboral entre el demandante y **CRUZ BLANCA EPS S.A.**; inexistencia de unidad de empresa; inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de **CRUZ BLANCA EPS S.A.** y cobro de lo no debido; buena fe de **CRUZ BLANCA EPS S.A.**; prescripción y la innominada o genérica (*pág. 294 a 323, archivo “03 2017-303 T.3 FL.1500”*).

SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN se opuso a las pretensiones. Aceptó que las demandadas IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS S.A. y CRUZ BLANCA EPS S.A. son subordinadas de esa entidad pero que manejan sus temas administrativos de forma independiente, la suscripción de contratos con **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, que dicha entidad le realizaba labores encaminadas a la comercialización del Plan Obligatorio de Salud, los asociados fundadores de la IAC **GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, los porcentajes de aportes, las funciones del consejo de administración y la renuncia de los miembros principales de dicho consejo, su no obligación de pago de prestaciones sociales al demandante y la reunión de asamblea general extraordinaria de asociados de IAC **GESTIÓN ADMINISTRATIVA** realizada el 31 de agosto de 2016. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*; inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de **SALUDCOOP**

EPS y cobro de lo no debido; inexistencia de responsabilidad solidaria y la innominada o genérica (pág. 55 a 64, archivo “04 2017-303 T.4 FL. 1567”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:58:13, archivo “110013105020201700303 Aud. Art.77
C.P.T.Y.S.S._20211019_212301”)

El 19 de octubre de 2021, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que entre JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA y la INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de septiembre de 2005 hasta el 18 de julio de 2016; devengando como último salario la suma de \$1.220.900, conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** UNIDAD DE EMPRESA entre SALUDCOOP EPS OC, CTA EFECTIVA, IAC ACCIÓN Y PROGRESO e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, por tanto, SALUDCOOP EPS OC es responsable subsidiaria de los derechos laborales que habrá decretarse a favor del señor JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y a SALUDCOOP EPS OC como responsable subsidiario a pagar al señor JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA, identificado con cedula de ciudadanía 11.319.615, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos cesantía \$709.482, intereses a las cesantías \$46.826, prima de servicios \$64.930, compensación de vacaciones \$510.404, salarios insolutos \$122.089, sanción moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T \$9.523.019 e indemnización del artículo 64 del C.S.T. por despido sin justa causa \$9.226.839. **CUARTO: ABSOLVER** a las demás demandadas de las pretensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y a SALUDCOOP EPS OC. Tásense por secretaría, incluyéndose como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) SMLMV.”

Para resolver el Juez indicó que, conforme con los documentos aportados y las pruebas recaudadas en juicio, el vínculo laboral del demandante fue con **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, a través de un contrato a término indefinido; frente a la intermediación, concluyó que no quedó demostrada la subordinación o los indicios de esta proveniente de las EPS demandadas, para que se predicara que ellas eran las

beneficiarias del servicio y su verdadero empleador, no se acreditó que éstas le impartieran órdenes de forma directa, modo tiempo y lugar, que eran más las pruebas que apuntaban a que el vínculo fue con IAC en virtud del contrato de trabajo, a quien lo declaró como empleador y principal deudor de los derechos del trabajador.

Respecto de quiénes eran los responsables solidaria o subsidiariamente en el pago de las obligaciones, señaló que no siempre que haya constitución de grupo empresarial, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica, que lo comprende tanto la participación accionaria como el control financiero, por lo que al revisar los documentos aportados concluyó que si bien los objetos sociales de **SALUDCOOP**, **CRUZ BLANCA** y **CAFESALUD** son similares, **CRUZ BLANCA** y **CAFESALUD** son sociedades anónimas, por lo que no existe prueba de su composición accionaria para establecer la participación y así determinar el predominio económico de estas frente a **SALUDCOOP**, pero que no ocurre lo mismo con **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, donde SALUDCOOP cuenta con una participación superior al 50% del capital en su constitución, motivo por el cual dedujo que **SALUDCOOP** es la matriz responsable ante la liquidación y posterior extinción jurídica de su subordinada. Y respecto del grupo empresarial, señaló que fue un asunto que ya declaró la Superintendencia de Sociedades.

Finalmente, concluyó que, al no estar acreditado el pago de acreencias laborales, ordenó su reconocimiento, junto con las correspondientes indemnizaciones. Para el caso de la moratoria la limitó hasta la fecha en que inició el proceso liquidatorio de **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación para que se condene a las otras demandadas. Adujo que **SALUDCOOP** no solo fue creadora del modelo, sino que se benefició del servicio e **IAC** no era una prestadora de servicios de salud, su razón de ser era

únicamente para prestar servicio a las EPS vinculadas, que la subordinación está probada, pues la gestión no solamente era para **SALUDCOOP** sino también para **CRUZ BLANCA** y **CAFESALUD**, las ordenes eran de manera indirecta de parte de las demandadas, y los equipos y lugares de trabajo no le pertenecían a **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**; que erró el *a quo* al considerar que el principal deudor es **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, pues probatoriamente quedo demostrado que su independencia era inexistente y que en un todo dependía de **SALUDCOOP**, **CRUZ BLANCA** y **CAFESALUD** y en consecuencia así lo hacían sus trabajadores.

Manifestó que **CRUZ BLANCA** y **CAFESALUD** no pueden quedar incólumes por cuanto fueron beneficiarias del sistema que montó **SALUDCOOP**, por lo que no se pueden excluir de la declaratoria de solidaridad; que con los testimonios se evidenció que los servicios no solo se prestaban para **SALUDCOOP**, también se hacían para **CAFESALUD** y **CRUZ BLANCA**, y son los únicas que actualmente cuentan con recursos para garantizar el pago de una eventual condena; además, que **EFFECTIVA** e **IAC ACCIÓN Y PROGRESO** no solo permitieron la realización irregular de actividades de intermediación sino que no alzaron su voz de protesta, y simplemente decidieron retirarse, quienes no podían desconocer el estado financiero de **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, pues al hacer parte de la asamblea debían velar por su bienestar; solicita que se dé aplicación al artículo 7 de la Ley 1233 de 2008, que prohíbe la tercerización ilegal, por lo que se debe declarar también solidariamente responsable a **EFFECTIVA**.

Y sobre la indemnización moratoria reclama que la misma debe ir más allá de la liquidación de **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, ya que esta no fue el empleador real (*min. 02:01:55, archivo "110013105020201700303 Aud. Art.77 C.P.T.Y.S.S._20211019..."*).

Por su parte, la apoderada de **SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN** solicitó la revocatoria de la sentencia para que se absuelva a dicha entidad de todas las pretensiones y se condene en costas a la parte actora.

Al efecto, manifestó que **SALUDCOOP** empezó el proceso de liquidación en el 25 de noviembre del año 2015, que entre **SALUDCOOP** y el actor no existió contrato de trabajo, no dio remuneración y ninguna orden al demandante y el contrato fue celebrado con una persona jurídica diferente; que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** es autónoma e independiente y representada por una persona diferente a **SALUDCOOP**, no guardan similitud en el objeto social, o relación en las actividades anexas o complementarias; que no participó en el proceso de selección del demandante y que el vínculo con **IAC** es netamente comercial.

Expresó que **SALUDCOOP** suscribió un contrato de mandato con **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** para que realizara actividades no propias de su objeto social, de carácter comercial, con plena autonomía e independencia y con su propio personal; que desde el año 2015 **SALUDCOOP** no podía ejercer su objeto social y por consiguiente no puede predicarse la unidad de empresa o la solidaridad pretendida, así como tampoco existen elementos de subordinación o unidad productiva en virtud del artículo 194 del CST; si bien la SuperSociedades decretó la unidad de grupo empresarial eso no quiere decir que en el mismo acto se haya configurado la unidad de empresa, pues esta requiere el predominio económico entre las filiales o subordinadas y que todas cumplan actividades similares o conexas o complementarias, las cuales no se configuraron.

Considera que no existe responsabilidad solidaria entre las demandadas, pues una matriz por su calidad no puede ser garante de las obligaciones de sus subordinadas, máxime cuando la liquidación no se generó por ninguna actuación de **SALUDCOOP**; y que la Ley 222 de 1995 establece que los sujetos sometidos a un grupo de control o grupo empresarial conserva su individualidad jurídica, es decir, mantienen sus atributos y las obligaciones que le corresponde asumir a cada uno (*min. 02:09:31, archivo "110013105020201700303 Aud. Art.77 C.P.T.Y.S.S._20211019..."*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 el apoderado de **CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN** solicitó la revocatoria de la sentencia para que se absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al señalar que dicha entidad no tuvo ninguna vinculación de orden laboral o tan siquiera civil con el actor. Las demás partes no presentaron alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPTSS, procede a estudiar los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si las demandadas **SALUDCOOP, CRUZ BLANCA** y **CAFESALUD** fueron empleadores del demandante, la fecha final de liquidación de la indemnización moratoria, si se presentó o no la unidad de empresa y si hay lugar a declarar la responsabilidad solidaria de las demandadas para el pago de las acreencias laborales adeudadas al actor, conforme lo alegado en los recursos de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

- **Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.**

El artículo 53 Constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST indicó que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua

subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL4444-2019, entre otras.

- **Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de

trabajó¹, exhorta a los Estados a *“luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”*. Además, que la existencia de una relación de trabajo *“debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”*, con la posibilidad de que los estados:

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021 y SL3436 de 2021, entre otras, ha insistido que solo algunos de los *indicios* o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron

¹ La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo.

La anterior regla jurisprudencial ha sido ratificada en las sentencias SL3345 de 2021, SL3695 de 2021 y SL3777-2022, entre otras. En dichas providencias, la H. CSJ indicó que el artículo 23 CST consagró como “*indicios de determinación de relación subordinada*” el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos, pero existen otros indicios recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, a saber:

- a)** Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020).
- b)** La exclusividad (SL460 de 2021).
- c)** La disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019).
- d)** La concesión de vacaciones (SL6621 de 2017).
- e)** Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015).
- f)** Cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019).
- g)** El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019).
- h)** La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020).
- i)** El suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019).
- j)** El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479 de 2020).
- k)** El desempeño de un cargo de la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010; SL2885 de 2019).
- l)** La terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).
- m)** La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479 de 2020; SL5042 de 2020).

Finalmente, en la sentencias SL3436 de 2021, se analizó el criterio de integración del trabajador en la organización de la empresa, concluyendo la H. CSJ que una empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo indicio de subordinación que el empresario organice, de manera autónoma, sus procesos productivos e inserte al trabajador, dirigiendo y controlando su labor en pro de sus fines empresariales, ya que si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una estructura propia, medios de producción, especialización y recursos, se infiere que carece de autonomía propia de quien *realiza libremente un trabajo para un negocio*, siendo que en realidad *aporta su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro*.

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala modificará la decisión de primera instancia que declaró la existencia del contrato de trabajo teniendo como empleador únicamente a **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, pues revisado el material probatorio allegado y recaudado en el juicio, se concluye que, el demandante demostró haber prestado servicios personales a favor y en beneficio de **SALUDCOOP EPS OC, CRUZ BLANCA EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A.**, por lo que se presume la existencia del elemento subordinación en contra de estas demandadas, circunstancia que no fue desvirtuada, lo que de contera permite establecer que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** fue una simple intermediaria.

Para llegar a la anterior conclusión se observa que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** fue constituida por tres asociados fundadores, así:

1. SALUDCOOP EPS OC con un aporte del 70%
2. CTA EFECTIVA con un aporte del 10%
3. Y IAC ACCIÓN Y PROGRESO con un aporte del 20% (pág. 397 y ss., archivo “01 2017-303 T.1 FL. 500”)

Mediante Resolución No.125-015813 del 21 de octubre de 2011, la Superintendencia de Sociedades estableció que **SALUDCOOP EPS OC** en su calidad de matriz ejerce la situación de control y grupo empresarial sobre **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** (*pág. 9, archivo “03 2017-303 T.3 FL.1500”*). La situación de control y grupo empresarial también fue registrada para las demandadas **CAFESALUD EPS** y **CRUZ BLANCA EPS**, pues así lo aceptó **SALUDCOOP EPS OC** al contestar el hecho primero de la demanda (*pág. 432 y s.s., archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000” y pág. 55, archivo “04 2017-303 T.4 FL. 1567”*).

Ahora, los extremos temporales de la relación laboral quedaron acreditados con la liquidación final del contrato (*pág. 295, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”*), que da cuenta que **JOSE ANTONIO RAMÍREZ ACOSTA** se vinculó por medio de un contrato a término indefinido desde el 16 de septiembre de 2005 hasta el 18 de julio de 2016, teniendo como último cargo el de auxiliar de operaciones nacionales. A su vez, **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** al contestar la demanda (*pág. 36 a 44 y 108 a 132, archivo “03 2017-303 T.3 FL.1500”*) aceptó que el trabajador fue enviado en misión a prestar los servicios a favor de las EPS demandadas, en virtud de contratos de mandato y de prestación de servicios (*a modo de ejemplo, respuesta a los hechos 50 y 51 del escrito de subsanación de contestación*). Además, aceptó que estas entidades eran las que establecían las condiciones de contratación laboral, tales como el tipo de contrato, salarios, funciones, horario y lugar de trabajo.

Igualmente, el desarrollo contractual, determinante en este aspecto, permite inferir que las personas que realizaban el seguimiento de las labores al trabajador y le impartían las respectivas ordenes, si bien fueron empleados de la misma **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, según lo aceptó el propio demandante en el interrogatorio y los testigos, estaban sometidas a las directrices y seguimientos del grupo empresarial cuya matriz es **SALUDCOOP EPS OC**.

En efecto, **JOSE ANTONIO RAMÍREZ ACOSTA** en su declaración (*min. 30:27, 110013105020201700303 Aud. Art.77 C.P.T.Y.S.S._20210830_190554*) manifestó que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** era quien le pagaba la nómina, que las instrucciones y ordenes las recibía de sus jefes inmediatos, quienes fueron vinculados por IAC pero que le prestaban servicios a las tres EPS, que los equipos de trabajo y elementos no eran de IAC sino del grupo **SALUDCOOP**. En el mismo sentido se refirió el testigo Gabriel Ernesto Villabon Nieto (*min. 02:17:00, 110013105020201700303 Aud. Art.77 C.P.T.Y.S.S._20210830_190554*), quien señaló haber sido compañero del demandante desde el 2006 hasta el 2016, ocupaban el mismo cargo, que todos los procesos se hacían para las tres EPS quienes se beneficiaban de sus servicios, que los equipos de trabajo y dotaciones los distribuían las EPS.

A su vez, Gina María Castañeda (*min. 02:46:47, 110013105020201700303 Aud. Art.77 C.P.T.Y.S.S._20210830...*), relató que trabajó con el demandante en el mismo edificio y piso, que el actor era auxiliar de operaciones nacionales, que ese edificio estaba administrado por **SALUDCOOP**, quien a su vez era el propietario de todos los equipos, que las funciones las supervisaban personas contratadas por IAC y otras directamente vinculadas por las EPS, que en los desprendibles de nómina siempre aparecía que el centro de costo era **SALUDCOOP**.

Y se recibió también la declaración de Yenny Paola Acosta Vega (*min. 17:30, archivo 110013105020201700303 Aud. Art.77 C.P.T.Y.S.S._20210830_190554 1*), quien pese a señalar no haber conocido el demandante, su declaración se encuentra en armonía no solamente con lo aceptado en la contestación de la demanda por parte de **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, sino con las declaraciones del actor y los demás testigos, pues señaló que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** era un outsourcing de nómina que remitía personas en misión para el grupo **SALUDCOOP**, que los recursos de

nómina de IAC eran cubiertos por las facturas que pagaban las EPS, en virtud de los contratos.

Estas declaraciones son coincidentes y precisas, por lo que para la Sala merecen plena credibilidad, sin que las mismas puedan imputarse como parcializadas, pues narraron lo que vieron y percibieron durante la prestación del servicio.

En los contratos celebrados entre las demandadas, se resaltan, entre otros, los siguientes:

- a.** Contrato de mandato suscrito el 1° de junio de 2008 entre **CAFESALUD EPS** e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, cuyo propósito fue que IAC llevara a cabo funciones propias de la EPS, entre otros, la captura y validación de datos de los formularios de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, elaboración y entrega de carnet de los afiliados de la EPS, ejecución y legalización de los procesos de nómina y demás procesos administrativos, etc. (*pág. 191 a 203, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”*).
- b.** Contrato de mandato 0383-2014 suscrito el 13° de abril de 2015 entre **CAFESALUD EPS** e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** para realizar las actividades y gestiones necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones del contrato, facilitando los recursos, personal, medios, documentos, infraestructura física y tecnológica indispensables para su ejecución, cuyo plazo inicial fue de un año pero posteriormente extendido a un periodo de 5 años en virtud de un *otro sí* contractual celebrado el 26 de octubre de 2015, contrato por valor de \$17.521.828.952 (*pág. 204 a 213, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”*).
- c.** Contratos de mandato DNC-CB-0381-2014 del 27 de octubre de 2014 y DNC-CB-0382-2014 del 16 de octubre de 2014 celebrados entre **CRUZ BLANCA E.P.S.** e **IAC GESTIÓN**

ADMINISTRATIVA, para realizar las actividades y gestiones necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones del contrato, facilitando los recursos, personal, medios, documentos, infraestructura física y tecnológica indispensables para su ejecución, cuyo plazo inicial fue de un año, por valor de \$5.976.662.584 (*pág. 245 a 260, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”*).

- d.** Contrato de mandato suscrito el 1° de junio de 2008 entre **SALUDCOOP EPS** e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, cuyo propósito fue delegar en el mandante el desarrollo de las actividades de revisión de auditorías y cuentas médicas, gestión documental, correspondencia y mensajería, captura y validación de datos, auditoría, contabilidad, tesorería y nómina, cuya duración inicial fue de dos años (*pág. 261 a 273, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”*).
- e.** Contrato de mandato DNC – SC- 0380 – 2014 suscrito el 15 de agosto de 2014 entre **SALUDCOOP EPS** e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** para realizar las actividades y gestiones necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones del contrato, facilitando los recursos, personal, medios, documentos, infraestructura física y tecnológica indispensables para su ejecución, cuyo plazo inicial fue de tres años, por valor de \$45.344.576.984 (*pág. 274 a 282, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”*).
- f.** Contrato de prestación de servicios profesionales DNC-SC-0379-2014 del 15 de agosto de 2014, celebrado entre **SALUDCOOP EPS** e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** para realizar las actividades que se relacionan en el “ANEXO N° 1 – ANEXO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS” y demás funciones complementarias que requiera **SALUDCOOP EPS OC**, plazo por un término de tres años y por valor de \$4.242.948.964 (*pág. 283 a 292, archivo “02 2017-303 T.2 F. 1000”*).

Si bien el objeto contractual pactado en el año 2008, difiere de los contratos celebrados en el año 2014 y 2015, lo cierto es que el demandante cumplió las mismas funciones durante su vinculación laboral, a favor de las tres EPS, con equipos de cómputo y demás elementos de trabajo del grupo empresarial, aspectos que se confirman no solo por lo aceptado por **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** en la contestación de la demanda, sino por el dicho de los testigos, es decir, sus servicios fueron contratados para la ejecución de dichos contratos.

Ahora, al estudiar los indicios de la relación laboral de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que ha integrado la Recomendación No.198 de la OIT, se tiene que **JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA** realizó los trabajos en los locales o lugares definidos por los beneficiarios del servicio, usó y utilizó herramientas y materiales del grupo empresarial **SALUDCOOP**, el tipo de vinculación y jornada fue establecido por las beneficiarias del servicio, por lo que hacía parte integral de los procesos misionales de las EPS demandadas e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** no tenía autonomía técnica y financiera, no contaba con sedes y herramientas propias, pues dependía de un todo de los dineros que sufragaran los contratistas.

Siendo ello así, luego de revisar todo el material probatorio, para la Sala no hay duda que la **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, pese a ser una entidad legalmente constituida, fue una simple intermediaria en la vinculación laboral del demandante, pues los medios de prueba permiten colegir que ésta fue creada con el propósito de gestionar el cumplimiento de las obligaciones que como entidad promotora de servicios de salud y como empleador le asistían a **SALUDCOOP EPS** Organismo Cooperativo, como pagos de nómina, prestaciones y aportes a seguridad social, así como desarrollar funciones misionales de **CRUZ BLANCA EPS** y **CAFESALUD EPS**. Se resalta que estas demandadas no desvirtuaron la presunción de subordinación jurídica que recaía en su contra y tampoco acreditaron que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** contara con total autonomía técnica,

administrativa y financiera y que actuara como contratista independiente y verdadero empleador del demandante.

Por lo anterior, se modificará la sentencia recurrida en el sentido de establecer que los verdaderos empleadores en la relación laboral que sostuvo el demandante fueron **SALUDCOOP EPS OC, CRUZ BLANCA EPS S.A.** y **CAFESALUD EPS S.A.**, quienes a su vez son los obligados principales a pagar las acreencias laborales reconocidas por el *a quo*.

- **Sobre la Indemnización Moratoria en Situación de Iliquidez o Insolvencia del Empleador.**

El artículo 65 CST consagró la imposición al empleador al pago de una suma equivalente a un día de salario en los eventos que se cumplen los presupuestos señalados en dichas normas.

Respecto de la naturaleza de dicha figura, la H. Sala de Casación de la CSJ ha indicado que no procede de forma automática, por cuanto al tener carácter sancionatorio es necesario acreditar, como un requisito para su causación, la mala fe del empleador al momento de incurrir en su comportamiento omisivo, por cuanto si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reitero recientemente la H. CSJ en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL845 de 2021, entre otras.

Ahora bien, no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena

o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, SL845 de 2021, SL1885 de 2021, entre otras.

En el presente asunto la mala fe fue comprobada por el juzgado de instancia, lo que conllevó a que impartiera condena por este concepto, situación que no fue objeto de recurso. Sin embargo, liquidó la prestación hasta el momento en que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** fue intervenida por la Superintendencia de Economía Solidaria. Y frente a este tópico, el apoderado del actor se encuentra inconforme al considerar que la moratoria debe ir más allá atendiendo en que concurrieron diversos empleadores.

Al efecto, y al establecerse en esta providencia que los verdaderos empleadores del accionante fueron **SALUDCOOP EPS OC, CRUZ BLANCA EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A.** se hace necesario determinar las situaciones jurídicas de dichas entidades con el fin de validar si procede la indemnización moratoria y la fecha hasta la cual opera la condena por este concepto.

Mediante Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015 la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la posesión inmediata de los bienes, haberes, negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a **SALUDCOOP EPS OC**.

A través de la Resolución No.007172 del 22 de julio de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó la toma de posesión inmediata de bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a **CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. CAFESALUD EPS S.A.**

Y la misma entidad en Resolución No.008939 del 07 de octubre de 2019 ordenó la intervención forzosa administrativa para liquidar a la sociedad **CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. CRUZ BLANCA EPS S.A.**

A partir de la intervención estatal, las demandadas estaban imposibilitadas para el manejo de su patrimonio sin autorización previa, conforme lo dispone el artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993.

Ahora, si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo del demandante se terminó el 18 de julio de 2016, y para esa fecha **CAFESALUD** y **CRUZ BLANCA** no habían sido intervenidas, y no se acreditó el pago de las acreencias laborales adeudadas, es evidente que **CAFESALUD EPS** y **CRUZ BLANCA EPS**, teniendo la obligación, no concurren a la satisfacción de esa obligación, lo que configura la mala fe establecida en la norma sustantiva, sin que las circunstancias económicas o financieras que estuvieran atravesando sean suficientes para exonerarlas de esta pretensión, razón por la cual estas EPS incurrieron en mora a partir del 19 de julio de 2016 y hasta por 24 meses, pues la acción ordinaria se presentó en ese interregno de tiempo (*19 de mayo de 2017, pág. 307, archivo "02 2017-303 T.2 F. 1000"*). Y a partir del 19 de julio de 2018 hasta el 06 de octubre de 2019, fecha de la intervención de **CRUZ BLANCA**, deberán pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera respecto de salarios y prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios).

Y respecto de **SALUDCOOP EPS OC** al ser intervenida administrativamente antes de la terminación del contrato de trabajo del demandante, no se puede atribuir que actuó de mala fe al no pagar oportunamente las acreencias laborales el actor, por lo que se absolverá de esta pretensión.

Por este concepto, a razón de un salario diario de \$40.696.66, multiplicado por 720 días (24 meses) arroja la cantidad de \$29.301.600.

En esa medida, le asiste razón al apoderado del demandante, motivo por el cual, se modificará el alcance de la condena.

Las demás condenas económicas calculadas en la instancia no fueron objeto de reproche, razón suficiente para que la Sala se releve de su estudio.

- **Sobre la unidad de empresa**

En los términos del artículo 194 del CST, se entiende por unidad de empresa toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la declaratoria de unidad de empresa propende por impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador, a través de la fragmentación del capital o del tiempo necesario para acceder a algunas prestaciones o beneficios establecidos en la ley o en las convenciones colectivas. Y su finalidad inequívoca es la de evitar que, mediante el expediente de constituir diferentes sociedades dotadas de personalidad jurídica, se oculte o simule la verdadera realidad económica en detrimento del trabajador, a los efectos de hacerla prevalecer, a plenitud, con toda su rica gama de consecuencias jurídicas (SL rad. 32212-2009, SL rad. 32060-2010 y SL15966-2016).

La misma Corporación precisó que para que se configure la denominada unidad de empresa, deben concurrir la existencia de una principal o matriz y otra subordinada que se denomina filial o subsidiaria. Y que esa dependencia se presenta solo cuando la primera de ellas ejerce un predominio económico sobre la segunda, por lo que,

precisamente, es este elemento el que debe verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura (SL6228-2016, SL6313-2016 y SL15966-2016).

En el asunto bajo análisis, el *a quo* declaró la unidad de empresa entre **SALUDCOOP EPS OC, CTA EFECTIVA, IAC ACCIÓN Y PROGRESO** e **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA**, advirtiendo que **CRUZ BLANCA** y **CAFESALUD** son sociedades anónimas, y que no se allegó prueba de su composición accionaria para establecer la participación y así determinar el predominio económico de estas frente a **SALUDCOOP**.

La apoderada de **SALUDCOOP** presentó recurso de apelación frente a esta condena, al señalar que, si bien la Superintendencia de Sociedades decretó la existencia de un grupo empresarial, eso no quiere decir que en el mismo acto se haya configurado la unidad de empresa, por lo que considera que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** actuó con plena autonomía e independencia en la gestión de sus negocios.

Al revisar el expediente, es fácil concluir que este fenómeno jurídico no se presentó, o por lo menos que se requiera realizar un análisis más profundo, puesto que se estableció que **SALUDCOOP EPS OC** actuó como verdadero empleador del demandante, quien debe responder directamente por sus obligaciones. Luego, al tenerse a **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** como simple intermediaria, los presupuestos establecidos en la norma sustantiva no se configuraron, motivo por el cual se revocará la sentencia en este aspecto.

- **Sobre la responsabilidad solidaria del beneficiario del trabajo o el dueño de la obra y la intermediación laboral.**

El artículo 34 del CST consagró la figura del contratista independiente, como aquella persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizar el servicio con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

No obstante, el precitado artículo señala que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los trabajadores vinculados por el contratista, salvo que la labor de dichos trabajadores sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

A su vez, el artículo 35 *ibídem* determina que son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Y que quien celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Y si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

En el presente asunto, se determinó que los verdaderos empleadores del actor fueron las EPS demandadas, por lo que, frente a ellas, no procede el estudio de la solidaridad que se reclama. También se determinó que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** actuó como simple intermediaria, así que, en los términos de la norma referida, se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** es solidariamente responsable de las condenas impartidas.

Y respecto de **EFECTIVA CTA** e **IAC ACCIÓN** y **PROGRESO** no intervinieron en la ejecución del contrato de trabajo y tampoco el actor prestó servicios a su favor, pues así lo expuso **JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA** en el interrogatorio, no siendo procedente predicar su responsabilidad.

En atención a que fueron condenadas **CAFESALUD** y **CRUZ BLANCA**, en su calidad de empleadores del demandante, deberán también asumir las costas y agencias en derecho causadas en primera instancia, por lo que se adicionará la sentencia en este aspecto.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que los verdaderos empleadores de **JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA** fueron **SALUDCOOP EPS OC, CAFESALUD EPS S.A. y CRUZ BLANCA EPS S.A.**, mientras que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** actuó como una simple intermediaria, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, establecer que **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA** es solidariamente responsable de las acreencias laborales reconocidas a favor de **JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, el cual quedará en los siguientes términos: *TERCERO: CONDENAR a CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS S.A., SALUDCOOP EPS OC y solidariamente a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA a pagar a JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA, identificado con cedula de ciudadanía 11.319.615, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos: cesantías \$709.482, intereses a las cesantías \$46.826, prima de servicios \$64.930, compensación en dinero de vacaciones \$510.404, salarios insolutos \$122.089 y al pago de la indemnización del artículo 64 del CST por despido sin justa causa \$9.226.839. A su vez, condenar a las demandadas CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS y solidariamente a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA a pagar a favor del demandante la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST en cuantía de*

\$29.301.600, causada entre el 19 de julio de 2016 y el 18 de julio de 2018, y a partir del 19 de julio de 2018 hasta el 06 de octubre de 2019 deberán pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera respecto de salarios y prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios)” de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

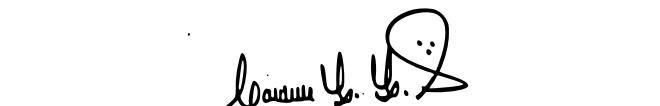
CUARTO: ADICIONAR el ordinal **SEXTO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar en costas de primera instancia también a **CAFESALUD EPS S.A.** y **CRUZ BLANCA EPS**, las cuales deben ser tasadas por el *a quo*. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 21-2022-00079-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 28 de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó el traslado del saldo de la CAIP sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (40:18 archivos “21ActaAudiencia20230328”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 6 a 40 archivos “01DemandaAnexos”).**

FANNY A GONZÁLEZ ROZO solicitó declarar ineficaz el traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS desde el 1º de febrero de 1982; que el 30 de septiembre de 1999, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a

sus intereses pensionales. Aseguró que solicitó la anulación de su traslado al RAIS, petición que rechazaron las **DEMANDADAS**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que no anuló su traslado al RAIS. Indicó que brindó información objetiva y razonable sobre las características de cada régimen pensional y forma de conformación del derecho pensional en cada uno de ellos, tras lo cual el afiliado tomó la decisión libre e informada de vincularse al RAIS, cumpliendo todos los requisitos legales vigente para esa época para la validez de dicho acto, sin que sean exigibles obligaciones acogidas por normas posteriores ni exista causal para privar de efectos jurídicos la vinculación. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, compensación, inexistencia de la obligación, restituciones mutuas y la genérica (Pág. 3 a 32 archivo "*08ContestacionPorvenir*").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que negó el retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, pero la afiliada no probó las irregularidades alegadas en la demanda, en todo caso, la vinculación a la AFP cumplió los requisitos legales vigentes a la celebración del acto, no hay mérito para privarla de efectos y no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectación a la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 3 a 43 archivo "*12ContestacionDemandaColpensiones*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (40:18 archivos “21ActaAudiencia20230328”).

El 28 de marzo de 2023, el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora FANNY A GONZÁLEZ ROZO al régimen de ahorro individual el 30 de septiembre de 1999, con fecha de efectividad a partir del 1° de noviembre de la misma anualidad, por intermedio de PORVENIR 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 PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen 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 la afiliación a ese fondo 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 ahorro individual de la señora FANNY A GONZÁLEZ ROZO 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado. QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las DEMANDADAS y a favor de la DEMANDANTE. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de \$200.000 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 que no sea apelada oportunamente la misma por dicha parte. (...)”.

EL *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que no hay libertad de selección de régimen sin información sobre las consecuencias de pertenecer al uno u otro, por ello las AFP deben dar asesoría objetiva previo al traslado al RAIS y demostrar que lo hicieron, sin que sea suficiente el formulario de afiliación y al no existir prueba declaró ineficaz el traslado al RAIS.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, el cual afecta el patrimonio de la entidad, sin que la **DEMANDANTE** este exonerada de su deber de informarse sobre el régimen al que pertenece conforme el Decreto 2241 de 2010, tampoco tenía afectada su capacidad de decisión, por tanto, fue negligente y ante la afectación financiera del sistema debe prevalecer el interés general sobre el particular que busca una pensión en un régimen al cual no aportó, tampoco procede condena en costas porque **COLPENSIONES** no intervino en el acto ineficaz, no causó la ineficacia y negó el retorno en sede administrativa conforme la Ley, posición que defendió en juicio en el cual resultó condenada por fundamentos jurisprudenciales (43:06 archivos “21ActaAudiencia20230328”).

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la indexación, porque no se solicitó, no se fijó en el problema jurídico ni se discutió ni probó y por ende no se puede ordenar ultra y extra petita, de otra parte, la indexación busca corregir la devaluación y eso ya lo hacen los rendimientos, además los aportes nunca fueron mermados ni hubo pérdida del poder adquisitivo (47:48 archivos “21ActaAudiencia20230328”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Agotado el término, los apoderados de las demás partes no alegaron.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **ANA BERTHA ROJAS SANMIGUEL** nació el 26 de septiembre de 1962 (Pág. 82 archivo “*01DemandaAnexos*”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al ISS del 1º de febrero de 1982 al 28 de febrero de 1998, cotizando 590 semanas (Pág. 1120 a 1126 archivo “*13ExpedienteAdministrativoColpensiones*”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 30 de septiembre de 1999, efectivo a partir del 1º de noviembre de 1999, AFP donde sigue vinculada y acumula 1170 semanas a octubre de 2022 (Pág. 75 a 78, 86 archivo “*08ContestacionPorvenir*”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó el traslado del saldo de la CAIP sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer

la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado,

obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó los formularios de afiliación, sin que la firma de estos por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio que la asesoría del promotor de la AFP se limitó a señalar que no tuvo asesoría y sólo se le informó que el sistema era igual que en el fondo público, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Por ser acorde a la posición jurisprudencial, se confirmará la condena, incluyendo la indexación.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba

asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

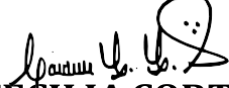
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FANNY A GONZALEZ ROZO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2022 00079 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 23-2022-00395-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 27 de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado y afiliación al RAIS, reactivo su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo indexado de la CAIP sin descuentos y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** (37:19 archivo “14Audiencia20230327”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (archivo “01Demanda”).**

EDGAR GONZÁLEZ ARÉVALO solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 08 de enero de 1962, se afilió al ISS desde el 25 de octubre de 1982; que en marzo de 1997, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Afirmó que el 09

de diciembre de 2013, un mes antes de cumplir 52 años, solicitó su traslado a **COLPENSIONES**, entidad que solicitó la corrección del formulario mediante un aviso que se envió a una dirección errada, por tanto, al no haber sido notificado asistió el 21 de julio de 2014 a las oficinas de **COLPENSIONES** a solicitar información del estado de su trámite, siendo inducido a error por un funcionario que le recomendó volver a suscribir el formulario sin informarle la restricción de traslado por edad, por lo cual nunca fue recibido, así mismo, indicó que el 26 de julio de 2019 interpuso tutela contra las **DEMANDADAS**, la cual fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su vinculación al ISS, que presentó quejas a **COLPENSIONES** y el fallo de tutela desfavorable. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS pero el afiliado no acreditó las falencias alegadas en la demanda, por el contrario, la vinculación a la AFP es válida porque cumplió los requisitos legales vigentes para la fecha del acto y no proceden las pretensiones por la restricción de traslado por edad y afectación financiera. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES**, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 2 a 17 archivo “09ContestaciónColpensiones”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su vinculación a la AFP y que presentó tutela. Aseguró que brindó asesoría objetiva al potencial afiliado sobre las características de cada régimen pensional y las particularidades de permanecer en uno u otro,

tras lo cual el **DEMANDANTE** adoptó la decisión informada de vincularse a la AFP. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor, prescripción, compensación y pago (Pág. 3 a 18 archivo “10ContestaciónColfondos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (37:19 archivo “14Audiencia20230327”).

El 27 de marzo de 2023, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado realizado por el señor demandante EDGAR GONZÁLEZ ARÉVALO hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por COLFONDOS S.A. conforme a lo considerado. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor EDGAR GONZÁLEZ ARÉVALO a dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicho fondo, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos hoy declarando, Siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se ordena la devolución de gastos de administración, seguros previsionales de invalidez, vejez y muerte y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, así sea con recursos propios como lo señala la Corte Suprema de Justicia, lo anterior para no violentar el principio de sostenibilidad financiera. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al señor EDGAR GONZÁLEZ ARÉVALO en el Régimen de Prima Media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado de régimen, e igualmente se condena a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a favor de la parte demandante. SEXTO: SE ORDENA la consulta de la sentencia. (...)”.

EL *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la jurisprudencia de la H. CSJ señala que las AFP tienen el deber de brindar información completa, suficiente y necesaria sobre las características de cada régimen y las implicaciones de trasladarse, carga de la prueba en cabeza de la AFP,

sin que baste la firma de las preformas genéricas del formulario de afiliación, obligación cuyo cumplimiento no se acreditó, por lo cual accedió a las suplicas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la condena. Afirmó que no participó en el acto de traslado y por tanto es un tercero de buena fe que no debe ser afectado por la ineficacia de tal negocio, además el afiliado nunca solicitó el retorno al RPM ni subsanó las falencias señaladas en su oportunidad, además no hubo inducción al error porque la información que suministró la AFP era la exigida por las normas vigentes a la fecha del traslado, sin que proceda la exigencia retroactiva de obligaciones establecidas en leyes posteriores, además el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema, en todo caso, no procede la condena en costas porque la Entidad actuó de buena fe.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ningún apoderado presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados

en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **EDGAR GONZÁLEZ ARÉVALO** nació el 08 de enero de 1962 (Pág. 61 archivo “09ContestaciónColpensiones”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al ISS del 25 de octubre de 1982 al 28 de febrero de 1997, cotizando 600,71 semanas (Pág. 463 a 468 archivo “09ContestaciónColpensiones”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 18 de marzo de 1997, efectivo a partir del 1º de mayo de 1997 (Pág. 19 a 20 archivo “10ContestaciónColfondos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró la ineficacia del traslado y afiliación al RAIS, reactivo su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo indexado de la CAIP sin descuentos y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General

de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque ni siquiera aportó el formulario de afiliación, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que el asesor de **COLFONDOS S.A.** le indicó que en la AFP podría pensionarse antes y con un monto más elevado que en el ISS, sin

explicar las condiciones que debía cumplir para acceder a dichos beneficios ni recibir mayor información sobre las consecuencias del traslado, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró *la ineficacia de la afiliación* sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, mientras que la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al

RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019,

SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, basta indicar que el *a quo* impuso tal condena únicamente respecto la **AFP DEMANDADA**, motivo por el cual carece de objeto el reproche realizado por la administradora pública, razón por la cual se rechaza el mismo.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el demandante **EDGAR GONZÁLEZ ARÉVALO**, identificado con CC 93.286.803, a través de vinculación con **COLFONDOS S.A.** fechada el 18 de marzo de 1997, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, por el tiempo de permanencia del **DEMANDANTE**. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

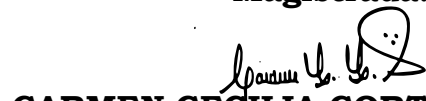
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EDGAR GONZALEZ AREVALO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

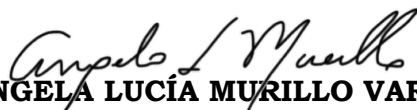
RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00395 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26-2016-00105-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación del **DEMANDANTE** y el recurso de apelación del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO FNA** contra el fallo del 23 de junio de 2021, que declaró la existencia de varios contratos de trabajo entre el **DEMANDANTE** y el **FNA**, el último entre el 1° de abril de 2009 y el 28 de noviembre de 2012; declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción y compensación, condenó al pago de salario, cesantías, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, bonificación especial de recreación, prima de navidad y bonificación de servicios prestados, absolvió de las otras pretensiones, absolvió a las vinculadas y llamadas en garantías y condenó en costas al **FNA** (01:53:04 archivo “013. 2016-105 (PC) (ALEGATOS -FALLO)”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (archivo “009. *Demanda y subsanación demanda 20-04-2021.*”; Pág. 119 a 120 archivo “002. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 2”).

LUÍS ALEJANDRO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ solicitó declarar un contrato de trabajo del 02 de diciembre de 2005 al 28 de noviembre de 2012 con el **FNA** y considerar el incremento salario en las condenas

al pago del beneficio de alimentación, prima técnica, prima de servicios, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación, cesantías, indemnización moratoria, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamentó fáctico indicó que se vinculó al **FNA** del 02 de diciembre de 2005 al 28 de noviembre de 2012, con la intermediación de varias sociedades, así: con la sociedad MISIÓN TEMPORAL LTDA. desde el 02 de diciembre de 2005 al 15 de febrero de 2006, con un salario de \$1.450.000 que aumentó a \$1.500.000 en 2006, en el cargo de profesional administrativo; desde el 16 de febrero de 2006 hasta el 30 de noviembre de 2006; desde el 09 de enero de 2007 hasta el 25 de febrero de 2007, en el mismo cargo, funciones y salario. Manifiesta que posteriormente se le ordenó suscribir contratos con TEMPONEXOS, así; entre el 26 de febrero de 2007 y el 30 de septiembre de 2007, en el mismo cargo y funciones y salario de \$1.660.000; entre el 14 de noviembre de 2007 al 30 de abril de 2008, con mismo cargo, funciones y salario.

Agrega que el **FNA**, le ordenó suscribir un sexto contrato con la intermediaria RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO ALMA MATER desde el 06 de mayo de 2008 al 30 de enero de 2009, con mismo salario, cargo y funciones, tras ello, la oficina central del **FNA** le envió el séptimo contrato a suscribir con TEMPORALES UNO A S.A., vigente del 1º de abril de 2009 al 23 de marzo de 2010, tras lo cual suscribió tres contratos más con dicha temporal, vigentes del 26 de marzo de 2010 al 25 de marzo de 2011, del 07 de abril de 2011 al 13 de marzo de 2012 y del 14 de marzo de 2012 al 28 de noviembre de 2012, con mismas funciones y cargo y un salario de \$1.700.000, última fecha en la que se le comunicó que no volvería a ser contratado. Advirtió que los extremos temporales de los contratos no reflejan el real tiempo laborado, ya que en la realidad no hubo interrupción alguna.

Aseguró que el objeto contractual de todos los contratos corresponde a labores inherentes a las actividades propias del **FNA**, correspondientes a atender público, cobro de cartera morosa de créditos hipotecarios y educativo y cobros persuasivos, además nunca conoció a los representantes de las intermediarias ni recibió órdenes de estas, ya que la subordinación siempre la ejercieron funcionarios de nómina del **FNA** y nunca ostento la calidad de representante legal del fondo ni contó con la facultad para tomar decisiones que afectarán al ente. Por último, indicó que en el **FNA** existe convención colectiva de trabajo vigente del 2002 al 2003, la cual se prorrogó hasta 2011 y desde 2012 se adoptó una nueva convención actualmente vigente.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

El **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que los contratos allegados con la demanda acreditan que los empleadores del trabajador fueron sociedades distintas al **FNA**, quien no celebró ningún tipo de vínculo con el **DEMANDANTE** ni se dieron los elementos para declarar el mismo, por lo cual nunca existió ninguna obligación entre ellos. Advirtió que en múltiples ocasiones solicitó al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA la ampliación de su planta de personal, petición que siempre fue rechazada, por lo que ante la necesidad de prestar el servicio al ciudadano celebró contratos con empresas de servicios temporales, sociedades y uniones temporales para el suministro de personal, sin que a éstos le hubiera ejercido subordinación de ningún tipo al ser trabajadores de terceros, motivo por el cual el **DEMANDANTE** no se benefició de las normas convencionales aplicables al personal del Fondo y no hay mérito para acceder a lo solicitado. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica de cumplir con las pretensiones, ausencia de vínculo legal e inexistencia de los requisitos legales para ser trabajador oficial, ausencia de título y causa, buena fe, ausencia de obligación de la demandada, imposibilidad de aplicar la convención colectiva, prescripción, compensación y cobro de lo no debido (Pág. 144 a 159 archivo “001.

2016-105 Cuaderno 1 tomo 1”; Pág. 486 a 487 archivo “002. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 2”).

Por auto del 23 de agosto de 2016, el *a quo* ordenó la vinculación como litisconsortes necesarios por pasiva de **MISIÓN TEMPORAL LTDA., TEMPONEXOS, RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO ALMA MATER y TEMPORALES UNO A S.A.** (Pág. 288 a 289 archivo *“001. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 1”*).

MISIÓN TEMPORAL LTDA. se opuso a las pretensiones. Indicó que celebró 03 contratos de trabajo con el **DEMANDANTE**, el primero por obra o labor vigente del 02 de diciembre de 2005 al 15 de febrero de 2006, el segundo por obra o labor del 16 de febrero de 2006 al 30 de noviembre de 2006 y el tercero por obra o labor del 09 de enero de 2007 al 25 de febrero de 2007, por los cuales envió al trabajador en misión al **FNA** para el cargo de profesional administrativo, por los cuales pagó todas las acreencias laborales, siendo cada vinculación independiente entre sí y finalizaron por causa legal y objetiva al terminar la obra, sin que la **FNA** hubiera actuado como empleador en ningún momento, ya que se limitó a ejercer la subordinación delegada frente al trabajador en misión. Interpuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, cesión de la facultad subordinante a la usuaria, indebida acumulación de normas legales, terminación del contrato por finalización de la obra o labor contratada, errónea interpretación de las normas legales, trabajador en misión, compensación, buena fe, mala fe del **DEMANDANTE**, inexistencia de solidaridad, prescripción, inexistencia de causa para pedir, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de derecho sustantivo y la genérica (Pág. 354 a 403 archivo *“001. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 1”*; Pág. 482 a 485 archivo *“002. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 2”*).

GENTE OPORTUNA S.A.S. se opuso a las pretensiones. Indicó que hizo parte de la **UNIÓN TEMPORAL TEMPONEXOS**, la cual contrató al **DEMANDANTE** mediante dos contratos de trabajo, el primero vigente del 26 de febrero de 2007 al 30 de septiembre de 2007

y el segundo del 14 de noviembre de 2007 al 20 de abril de 2008, a fin de que prestará su servicio como trabajador en misión del **FNA**, sin que le conste si el cargo y funciones fueran iguales a otra supuestas vinculaciones anteriores porque no era de su resorte conocer donde había prestado servicios el **DEMANDANTE**, de otra parte, el **FNA** ejerció la subordinación subordinada al ser la empresa usuaria donde laboró el trabajador en misión por el incremento del otorgamiento de créditos de vivienda, siendo la UNIÓN TEMPORAL la que se encargó del pago de acreencias laborales, afiliación a seguridad social y todas las obligaciones a cargo de un empleador, sin que exista saldo pendiente de pago. Interpuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, oposición a las indemnizaciones reclamadas, prescripción, compensación y la genérica (Pág. 464 a 485 archivo “001. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 1”; Pág. 489 a 493 archivo “002. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 2”).

El **SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO SUEJE** antes **RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO PARA EL DESARROLLO REGIONAL ALMA MATER** se opuso a las pretensiones. Indicó que suscribió contrato interadministrativo con el **FNA** para prestar servicios de soporte de tercerización en procesos misionales, para cuya ejecución vinculó al **DEMANDANTE** mediante contrato de trabajo por obra o labor determinada del 06 de mayo de 2008 al 30 de enero de 2009, que finalizó por terminación de la obra, siendo que pagó todas las acreencias a cargo de un empleador, sin que exista ningún saldo insoluto y sin que hubiera confusión alguna de quien era el empleador durante dicha relación, a la vez que desconoce las eventuales situaciones del **DEMANDANTE** anteriores a su vinculación. Interpuso las excepciones inexistencia de causa para su vinculación como litisconsorte necesario, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, legal cumplimiento del contrato de trabajo, cobro de lo no debido, pago, enriquecimiento sin causa, compensación y la innominada (Pág. 566 a 578 archivo “001. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 1”).

NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A. antes **SERTEMPO BOGOTÁ S.A** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que conformó la **UNIÓN TEMPORAL TEMPONEXOS**, la cual suscribió un contrato con la **FNA** para obtener trabajadores en misión, siendo la usuaria quien solicitó la vinculación del **DEMANDANTE**, con quien la unión celebró 02 contratos de trabajo, el primero vigente del 26 de febrero de 2007 al 30 de septiembre de 2007 y el segundo del 14 de noviembre de 2007 al 20 de abril de 2008, relaciones en las cuales la **FNA** ejerció la subordinación delegada, sin embargo, en todo momento fue la unión la empleadora del trabajador en misión, a quien pagó sus acreencias labores, aportes y todas las acreencias de una relación laboral, sin constarle circunstancias anteriores a los dos contratos de trabajo referidos. Interpuso las excepciones de pago, compensación, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica (Pág. 44 a 78 archivo “002. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 2”).

TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. se opuso a las pretensiones. Indicó que es una EST legalmente autorizada para el suministro de personal, que el **FNA** fue su cliente y si bien vinculó al **DEMANDANTE** a través de 04 contratos de trabajo, ello obedeció a que tenía el perfil requerido por la usuaria, sin embargo, aclaró que cada vinculación fue distinta, siendo que en cada caso distinto el motivo que generó la vinculación, así mismo, pagó todas las acreencias laborales al trabajador en misión, sin que se pueda decir que la usuaria fuera su empleador ya que esta ejerció subordinación pero legalmente delegada por la EST respecto el trabajador en misión. Interpuso las excepciones de buena fe, inexistencia del despido sin justa causa, inexistencia del derecho a acreencias laborales del sector público, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, inexistencia de los derechos convencionales para el trabajador temporal, temeridad y prescripción (Pág. 143 a 160, 488 archivo “002. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 2”).

Por auto del 23 de marzo de 2018 se admitió el llamamiento en garantía de la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA**

S.A. solicitado por el **SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO SUEJE** (Pág. 479 a 481 archivo “002. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 2”).

Mediante auto del 09 de mayo de 2019, se admitió el llamamiento en garantía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** solicitado por **GENTE OPORTUNA S.A.S.** (Pág. 7 a 8 archivo “003. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 3”).

SEGUROS DEL ESTADO S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó no constarle ningún hecho e interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva del llamante, ausencia de responsabilidad del **FNA** al no probarse solidaridad, buena fe del **FNA** e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe y prescripción. También de las pretensiones del llamamiento en garantía e interpuso las excepciones de perención del término para la vinculación del llamado, falta de legitimación en la causa por pasiva por inexistencia de obligación de la aseguradora en relación con la póliza, inexistencia de requisitos para hacer exigibles las pólizas, inexistencia de obligación de la aseguradora si se declara relación laboral directa con el **FNA**, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza, imposibilidad de afectar la póliza por los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 CST y la genérica (Pág. 60 a 80 archivo “003. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 3”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:53:04 archivo “013. 2016-105 (PC) (ALEGATOS -FALLO)”).

El 23 de junio de 2021 de marzo de 2023, el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor **LUÍS ALEJANDRO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** existieron contratos de trabajo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, señalando que el último contrato corresponde al periodo comprendido entre el 1º de abril del 2009 hasta el 28 de noviembre del 2012. **SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción y compensación y no probadas las demás propuestas por el **FONDO**

NACIONAL DEL AHORRO. **TERCERO: CONDENAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a pagar de forma indexada al DEMANDANTE las siguientes sumas de dinero: \$141.650 por incremento salarial, \$256.580 por auxilio de cesantías, \$129.860 por prima extraordinaria, \$1.003.088 por concepto de prima de vacaciones, \$689.623 por estímulo de recreación, \$199.465 por concepto de bonificación especial de recreación, \$130.960 por concepto de prima de navidad y \$45.441 por concepto de bonificación por servicios prestados. **CUARTO: ABSOLVER** a la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO: ABSOLVER** a las vinculadas MISIÓN TEMPORAL LTDA., TEMPONEXOS, RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO ALMA MATER y TEMPORALES UNO A en virtud de lo indicado en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO: ABSOLVER** a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO de las pretensiones deprecadas en su contra por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y por la vinculada GENTE OPORTUNA S.A. (Sic). **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas de esta instancia al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a favor del DEMANDANTE, fijándose como agencias en derecho la suma de \$500.000. (...).

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si entre el **DEMANDANTE** y el **FNA** hubo un solo contrato de trabajo, en caso afirmativo, determinar si se benefició de la convención colectiva y causó las acreencias convencionales e indemnizaciones reclamadas.

Como fundamento de su decisión señaló que se reúnen los requisitos para declarar el contrato de trabajo con el **FNA**, conforme el artículo 53 constitucional, 2.230.2.1 y 2.2.30.2.2 del Decreto 1083 de 2015 y porque se malversó la figura del trabajador en misión para desconocer el plazo máximo de 06 meses prorrogable por otros 06 meses más del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y Decreto 4369 de 2006, quedando demostrada la necesidad y permanencia del cargo y funciones, actuando las vinculadas como simples intermediarios, no obstante, no declaró la unidad contractual por las soluciones de continuidad, por lo cual consideró que el último vínculo lo fue del 1º de abril de 2009 al 28 de febrero de 2012 y como las convenciones colectivas se aportaron con las formalidades exigidas para su validez, el **DEMANDANTE** se beneficia de los derechos convencionales aún sin haber pagado la cuota al sindicato mayoritario, sin embargo, declaró la prescripción de las acreencias anteriores al 03 de noviembre de 2012 y la compensación en cuanto cesantías, razón por la cual tras revisar las normas convencionales condenó al pago de diferencias por incremento salarial, saldo de cesantías, prima extraordinaria, prima

de vacaciones, estímulo de recreación, bonificación especial de recreación, prima de navidad y bonificación por servicios prestados y absolvió de las otras pretensiones, en especial de la indemnización moratoria por considerar que el **FNA** actuó bajo el convencimiento de que el **DEMANDANTE** era trabajador en misión, de otra parte, absolvió a las vinculadas y llamadas en garantía en consideración a que el real empleador fue el **FNA** y que las pólizas no cubren las condenas impartidas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó la indemnización moratoria, por cuanto no se consideró la mala fe del **FNA** por mantener las relaciones laborales por más de 07 años a través de múltiples vinculaciones como trabajador en misión, cuidando que cada una de ellas no superar el límite de 01 año pero celebrando múltiples contrataciones entre varias temporales, sin que hubiera variación en las funciones a fin de resolver una necesidad del servicio que no era ocasional al tener vocación de permanencia de una actividad intrínseca al giro de los negocios del Fondo como lo es el cobro de cartera, sin que fuera creíble que el **FNA** no se percatara de la ilegalidad de su conducta habida cuenta la multitud de contratos, el mínimo margen de espera entre ellos y malversando el correcto uso de la figura del trabajador en misión para corregir la falta de autorización de la ampliación de la planta de personal, circunstancia cuyas consecuencias negativas no debía asumir el **DEMANDANTE** (01:55:01 archivo “013. 2016-105 (PC) (ALEGATOS -FALLO)”)

La demandada **FNA** solicitó revocar los numerales 1, 3 y 7 del fallo, por cuanto se demostró que las empresas de servicios temporales fueron los reales empleadores del **DEMANDANTE** en virtud de las múltiples vinculaciones celebradas con respeto de la Ley 50 de 1990 en virtud de un trabajo ocasional conforme el artículo 6 CST, de otra parte, no se pueden extender derechos convencionales a quien no se puede graduar como trabajador oficial y que además no pagó cuota

sindical conforme el artículo 9 convencional (02:06:27 archivo “013. 2016-105 (PC) (ALEGATOS -FALLO)”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó condenar a la indemnización moratoria reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Por su parte, el apoderado del **FNA** reclamó la total revocatoria del fallo, insistiendo en los puntos materias de su recurso de apelación. A su vez, las apoderadas de **GENTE OPORTUNA S.A.S.** y **NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A.** solicitaron confirmar la sentencia. Agotado el término, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FNA**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez de la declaratoria del **DEMANDANTE** como trabajador oficial del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y condena a prestaciones convencionales, así como establecer si procede la indemnización moratoria, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

La sentencia de primera instancia declaró que hubo varios contratos de trabajo entre el **DEMANDANTE** y el **FNA**, el último vigente del 1º de abril de 2009 al 28 de noviembre de 2012; declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción y

compensación, condenó al pago de salario, cesantías, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, bonificación especial de recreación, prima de navidad y bonificación de servicios prestados, absolvió de las otras pretensiones, absolvió a las vinculadas y llamadas en garantías y condenó en costas al **FNA**. Contra la anterior decisión el **DEMANDANTE** y el **FNA** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la figura del trabajador en misión.**

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990, establece la empresa de servicios temporales como aquella que contrata la prestación de servicios con terceros, a quienes colabora temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor de personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, frente a quienes ostenta la calidad de empleador. Por su parte, el artículo 73 *ibídem* establece que se denomina usuario a la persona natural o jurídica que contrata los servicios de la empresa de servicios temporales.

Ahora bien, el artículo 74 de la Ley 50 de 1990, define a los trabajadores en misión como aquellos a los que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. A su vez, el artículo 77 *ibídem* limita la contratación de empresas de servicios temporales únicamente a 03 eventos: **i)** cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias conforme el artículo 6 CST, **ii)** cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad o maternidad y, **iii)** para atender incrementos en la producción, transporte, ventas, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 06 meses prorrogable hasta por 06 meses más, plazo declarado exequible por la sentencia C-330 de 1995.

Sobre la figura del trabajador en misión, la H. CSJ ha señalado que las empresas de servicios temporales no se pueden instrumentalizar para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, por cuanto su finalidad es atender las actividades excepcionales y temporales señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y la infracción de dicha norma conlleva que el trabajador en misión se repunte como trabajador directo de la usuaria, vinculado con contrato de trabajo a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que el real empleador tiene previsto a favor de sus asalariado, fungiendo la empresa de servicios temporales como un simple intermediario, tal y como indicó en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, el apoderado del **FNA** alegó en su recurso de apelación que deben revocarse las condenas en su contra porque se demostró que las empresas de servicios temporales fueron los reales empleadores del **DEMANDANTE**, en virtud de las contrataciones acordes a la Ley 50 de 1990 y el artículo 6 CST.

De entrada, anuncia la Sala que desestima el argumento del apoderado del **FNA**, por cuanto los elementos de prueba acreditan que dicha entidad usó de forma irregular la figura del trabajador en misión para suplir, de manera permanente en el tiempo, las necesidades propias del giro de los negocios del Fondo, alejándose de la finalidad excepcional y limitada en el tiempo de dicho tipo de contratación.

La revisión del expediente acredita que el **DEMANDANTE** celebró los siguientes contratos de trabajo con diferentes empresas de servicios temporales:

FI	#	EST	Fecha inicio	Fecha terminación
413, 438 (pdf 1)	1	Misión Temporal Ltda.	2/12/2005	16/02/2006
415, 439 (pdf 1)	2	Misión Temporal Ltda.	16/02/2006	1/12/2006
417, 440 (pdf 1)	3	Misión Temporal Ltda.	9/01/2007	26/02/2007
496, 504 (pdf 1)	4	Unión Temporal Temponexos	26/02/2007	1/10/2007
509, 516 (pdf 1)	5	Unión Temporal Temponexos	14/11/2007	30/04/2008
581 (pdf 1), 6 (pdf 2)	6	Red de Universidades públicas del Eje Cafetero Alma Mater	6/05/2008	30/01/2009
399 (pdf 2)	7	Temporales Uno A S.A.	22/04/2013	23/03/2010
399, 463 (pdf 2)	8	Temporales Uno A S.A.	26/03/2010	25/03/2011
436, 440 (pdf 2)	9	Temporales Uno A S.A.	7/04/2011	13/03/2012
399, 411 (pdf 2)	10	Temporales Uno A S.A.	14/03/2012	28/11/2012

Revisados todos los contratos antes relacionados, advierte que el **DEMANDANTE** siempre fue destinado a funciones de cartera en el **FNA**, lo cual concuerda con el dicho de las testigos ADRIANA LÓPEZ CÁRDENAS y LUZ AMPARO MONTENEGRO, quienes en su calidad de compañeras de trabajo del actor manifestaron que éste prestó sus servicios como trabajador en misión en la división de cartera, atendiendo público y realizando gestiones de cobro administrativo tales como acuerdos de pago, aplicación de pagos y gestión de crédito de vivienda y educativo, en igualdad de condiciones y funciones con trabajadores de planta directamente vinculados al **FNA**, bajo la supervisión de los mismos jefes (36:03, 01:04:42 archivo “006. 105-2016 (PC) (Contratos - fallo) PARTE 1”).

Así las cosas, si bien cada contrato de trabajo suscrito entre el **DEMANDANTE** y las empresas de servicios temporales no superó el periodo máximo de vigencia del trabajo temporal consagrado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la Sala no puede limitarse a un análisis reducido de las circunstancias sometidas a juicio, llamando la atención de como la **FNA** mantuvo, de forma sostenida en el tiempo, el disfrute del servicio del trabajador en misión para el desarrollo de las mismas funciones a lo largo de 07 años, en una actividad que no se puede considerar ocasional como lo era la gestión de cobro y atención de público, máxime cuando trabajadores oficiales directamente vinculados al Fondo desarrollaban la misma labor en igualdad de condiciones.

Resulta relevante considerar que la H. Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de analizar la conducta **FNA** en el sucesivo requerimiento de trabajadores en misión para el cobro administrativo a través de multitud de contratos de trabajo por medio de empresas de servicios temporales y en la sentencia SL4330 de 2020, concluyó que la primacía de la realidad sobre las formas permite concluir que dicha entidad acudió a vinculaciones defraudatorias a fin de exterioridad la aparente pero falsa realidad de que nunca superó el término legal de vinculación del trabajador en misión para atender incrementos en la

producción, a fin de enmascarar el abuso de dicha figura por medio de relaciones de muchos años dirigidas al cumplimiento de actividades misionales y permanentes, con el único propósito de evadir la vinculación directa del trabajador en misión.

En efecto, en la precitada providencia SL4330-2022 concluyó que la necesidad de la actividad contratada y su real duración a lo largo de años, la ausencia de variación en la labor de cobro y el contrario el desarrollo permanente de actividades permanentes en igualdad de condiciones con trabajadores oficiales del **FNA** demuestran, sin lugar a dudas, la instrumentalización de la figura de la empresa de servicios laborales para evadir derechos laborales, en un evidente fraude a la Ley a través de intermediación ilegal pasando por alto que la figura del trabajador en misión es la de satisfacer una actividad excepcional y temporal a través de un tercero.

Así las cosas, acogiendo el precitado criterio jurisprudencial y aplicando la sanción descrita en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras, que no es otra que declarar a la empresa usuaria como real empleador ante el indebido empleo del trabajo temporal y observando la total ausencia de pruebas de que en efecto el **FNA** hubiera atravesado un incremento de los servicios que presta y constatada que se perduró por varios años la vinculación del **DEMANDANTE** a través de maniobras engañosas, no queda opción distinta que confirmar la sentencia de primera instancia respecto la declaratoria del contrato de trabajo entre el **DEMANDANTE** y el **FNA**.

- **Sobre la extensión de derechos convencionales.**

El apoderado del **FNA** alegó que no se pueden extender los derechos convencionales al **DEMANDANTE**, por cuanto éste no fue trabajador oficial y además no pagó la cuota sindical.

En relación con el primer punto de reproche, tal y como se analizó en el acápite anterior, existe mérito suficiente para declarar que entre el **DEMANDANTE** y el **FNA** existieron múltiples contratos de

trabajo, en razón al uso indebido que de la figura del trabajador en misión efectuó dicha entidad pública.

Ahora bien, no fue objeto de recurso la declaratoria de la *a quo* de que el último contrato de trabajo que hubo entre las partes lo fue del 1° de abril de 2009 al 28 de noviembre de 2012, a su vez, el **FNA**, al momento de contestar la demanda, no cuestionó la validez de las convenciones colectivas aportadas por el **DEMANDANTE**, por tanto, no hubo controversia sobre la existencia de la convención y de los derechos derivados de esta, limitándose la oposición del **FNA** a indicar que el **DEMANDANTE** no era trabajador oficial y no pagó la cuota sindical.

La anterior circunstancia es relevante, por cuanto más allá de la prueba de la convención colectiva, lo que dicho sea de paso cumplió a cabalidad el apoderado del **DEMANDANTE**, al aportar copia de las convenciones colectivas 2002-2003 y 2012-2014, ambas con sello de depósito del MINISTERIO DE TRABAJO (Pág. 22 a 97 archivo “001. 2016-105 Cuaderno 1 tomo 1”), lo cierto es que el **FNA** nunca discutió la existencia de los derechos convencionales y limitó su inconformidad únicamente a cuestionar su aplicabilidad, por tanto, se da por sentado que dicha entidad reconoce la existencia de tales derechos, de acuerdo a la regla jurisprudencial adoptada por la H. CSJ en las sentencias SL Rad. 35.685 del 03 de mayo de 2011, SL-20037-2017, SL4792-2019, SL1975-2021, entre otras.

Así las cosas, en cuanto el segundo punto de reproche del **FNA** relativo a la imposibilidad de beneficio de los derechos convencionales por falta de pago de la cuota sindical por el **DEMANDANTE**, advierte esta Sala que no hay mérito alguno para que tal argumento prospere.

La H. CSJ, en dos sentencias, ha tenido la oportunidad de analizar el disfrute de los derechos convencionales de los trabajadores oficiales del **FNA** a favor de aquellos que acreditan en juicio la existencia de un contrato de trabajo con dicho Fondo y que fue ocultado a través del empleo indebido de la figura del trabajador en misión.

En la sentencia SL030-2022, la H. CSJ indicó que el artículo 3° de la convención colectiva de 2002-2003 suscrita entre el **FNA** y SINDEFONAHORRO previó la aplicación de la misma a todos los trabajadores oficiales, de lo cual infirió que las partes acordaron extender el campo de aplicación de la misma sin consideración de si el sindicato era o no mayoritario.

Por su parte, en la sentencia SL088-2022 se analizaron los artículos 3° y 9° de la convención colectiva 2012- 2014, concluyendo la Alta Corte que la convención aplica a quienes judicialmente se les reconoce la calidad de trabajador oficial, en virtud de un contrato realidad, por cuanto en el acuerdo convencional del **FNA** se acordó que aplica a todos los trabajadores oficiales sin exclusión alguna, reconociendo expresamente la H. CSJ que resulta desproporcionado exigir a quien formalmente estaba no tenía vínculo laboral, en virtud de maniobras irregulares, el pago de la cuota sindical que no podía efectuar por el desconocimiento arbitrario de su real condición de trabajador oficial, reiterando lo señalado en las sentencias SL Rad. 42.605 de 20 de marzo de 2013, SL1907-2014 y SL5523-2016.

Aceptar el argumento del **FNA** de que el **DEMANDANTE** no tiene derecho a los beneficios convencionales porque no pagó la cuota sindical implicaría permitir a dicha entidad pública beneficiarse de su propia culpa, por cuanto fueron precisamente las maniobras del **FNA** dirigidas a ocultar la naturaleza laboral del vínculo a través de múltiples vinculaciones como trabajador en misión lo que impidió la afiliación sindical de quien en la realidad si era trabajador oficial de dicha entidad pública.

Por las anteriores consideraciones, se rechazan las suplicas elevadas en el recurso de apelación del **FNA** tendientes a evitar la condena al pago de derechos convencionales.

- **Sobre la sanción moratoria.**

Rechazada las suplicas del recurso de apelación del **FNA** y definido que se confirmará la declaratoria de contrato de trabajo,

procede la Sala a resolver las suplicas del recurso de apelación del **DEMANDANTE**, advirtiéndole que como quiera que no fue objeto de reproche la negativa de declarar una única relación contractual y los salarios declarados por la *a quo*, en virtud del principio de consonancia del artículo 66A CPTSS este Tribunal resolverá la procedencia de imponer la indemnización moratoria conforme las condenas impuestas en la sentencia bajo estudio.

Fue así como se indicó que el **FNA** adeuda al **DEMANDANTE** salario, cesantías, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, bonificación especial de recreación, prima de navidad y bonificación de servicios prestados, en atención a la real calidad de trabajador oficial del aparente trabajador en misión, lo cual permite el disfrute de los derechos convencionales y legales ordenados.

Así las cosas, la H. CSJ ha concluido que la sanción moratoria consagrada en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1° del Decreto 797 de 1949 no es de imposición automática, por cuanto debe analizarse el móvil subjetivo del empleador al momento de incurrir en la mora para establecer si hay razones justificativas atendibles que permitan inferir la buena fe del moroso, tal y como se indicó en las sentencias SL Rad 39.186 del 08 de mayo de 2012, SL8216-2016, SL16884-2016, SL694-2019, SL4330-2020, entre otras.

En el caso particular, advierte la Sala que no existe elemento de prueba que permita inferir que el **FNA**, durante los 07 años de duración de las distintas vinculaciones del **DEMANDANTE** en el desarrollo de actividades misionales permanente, haya actuado de buena fe, todo lo contrario, se evidencia que mediante la tergiversación de la figura del trabajador en misión pretendió eludir la vinculación directa del trabajador, desconociendo en la realidad la finalidad y término máximo de vigencia de dicha figura conforme el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.

En consecuencia, esta Sala comparte la posición de la H. CSJ en la sentencia SL4330-2020, en la cual se analizó si el **FNA** actuó de buena fe en un caso con identidad de supuestos fácticos a los aquí analizados, oportunidad en la que la Alta Corte concluyó:

“(...) Nótese que para el juzgador no era creíble que el FNA no se percatase de la ilicitud de su conducta; por el contrario, señaló que la evidencia recopilada llevaba a pensar que actuó con ánimo torticero y pleno conocimiento de tal irregularidad, pues solo así se explicaba que el actor fuera vinculado en 8 ocasiones, para la misma labor, mediante contratos de duración de obra, que se prolongaron más de 6 años y 28 días y que entre cada contrato trascurriera un mínimo o ningún margen de espera para celebrar el siguiente, siendo evidente que lo que se pretendía era dar una fachada de legalidad y «burlar la necesidad de las funciones y su permanencia en el tiempo», especialmente si se tiene en cuenta que el actor laboró de manera continua.

Todo este abuso sistemático y prolongado de la figura del servicio temporal demostró que el FNA no actuó desprevenidamente, sino que su intención fue la de encubrir una necesidad permanente en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de la temporalidad, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales del demandante. Esta instrumentalización de una figura legítima para esconder y llevar a lo más recóndito verdaderas relaciones de trabajo directas con los empleados, constituye un fraude a la ley, circunstancias a partir de las cuales el juzgador descartó un actuar de buena fe.

Tal inferencia, no se desvirtúa por el hecho de que el FNA estuviera en imposibilidad de ampliar su planta de personal, (...)”

Así las cosas, la Sala accederá al recurso de apelación del **DEMANDANTE** y condenará al **FNA** al pago de la indemnización moratoria y, como quiera que en el caso bajo estudio no existe ningún elemento de que la entidad empleadora hubiera sido liquidada, se declarará que el valor de la misma asciende a una suma equivalente al último salario diario por cada día de mora en el pago de las diferencias salariales y cesantías (SL986-2019, SL4537-2019, SL3397-2020), sin incluir las demás acreencias laborales a cuyo reconocimiento fue condenado el **FNA**, habida cuenta su carácter convencional, respecto los cuales se mantendrá la condena a su pago indexado.

En consecuencia, mientras perdure la mora en el pago de las diferencias salariales y cesantías, se causará la indemnización, en una cuantía equivalente al último salario diario por cada día de mora, esto es, a la suma diaria de \$62.333, monto que se obtiene de dividir en 30 el valor del último salario declarado en el fallo de primera instancia, el cual no fue discutido en los recursos de apelación y que ascendió a \$1.869.980 (01:41:12 archivo “013. 2016-105 (PC) (ALEGATOS - FALLO”).

Es preciso advertir que conforme el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, el computo de la indemnización moratoria inicia tras el vencimiento del plazo de gracia de 90 días calendario siguientes a la terminación del contrato de trabajo, contado día a día, periodo que inició el 29 de noviembre de 2012 y finalizó el 26 de febrero de 2013, por ende, la liquidación de la indemnización moratoria inicia desde el 27 de febrero de 2013, sin que en el caso bajo estudio sea posible aplicar el límite en el pago a partir del mes 25 de mora del artículo 65 CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, habida cuenta que dicha norma solo aplica a los trabajadores privados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** al **FONDO**

NACIONAL DEL AHORRO a pagar a la **DEMANDANTE** la suma de \$141.650 por incremento salarial y \$256.580 por auxilio de cesantía, así como la indemnización moratoria del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, en la suma de \$62.333 pesos diarios contados a partir del 27 de febrero de 2013 y hasta el pago efectivo de las condenas por diferencias salariales y cesantías. Así mismo, se condena al pago indexado de los siguientes conceptos: \$129.860 por prima extraordinaria, \$1.003.088 por concepto de prima de vacaciones, \$689.623 por estímulo de recreación, \$199.465 por concepto de bonificación especial de recreación, \$130.960 por concepto de prima de navidad y \$45.441 por concepto de bonificación por servicios prestados.

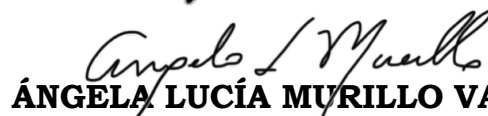
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento de voto parcial


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ

DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2016 00105 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

De manera respetuosa presentó salvamento parcial de voto respecto de la decisión de imponer la sanción moratoria por no pago por las siguientes razones:

Respecto de la indemnización moratoria, punto de apelación, lo primero que se ha de indicar es que no se puede desconocer que en el recurso de apelación se alegó que el Fondo actuó de buena fe y apegado a la normatividad legal, por lo que era menester estudiar los elementos de prueba para acreditar si se configuraba una causal de exoneración de dicha sanción, ya que la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que para imponer dicha sanción se debe estudiar si el actuar el empleador fue carente o no de buena fe.

En el presente caso, no se desconoce que el Fondo incumplió con la previsión legal de que no se puede contratar los servicios de las empresas temporales para una misma actividad por el término superior a un año, de conformidad con el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006. Pero tampoco se puede desconocer en este proceso que las entidades públicas no pueden a su arbitrio aumentar la planta de personal y que como consecuencia de ello el Fondo ha solicitado a la función pública en varias ocasiones el aumento de su planta de personal como se acredita con el oficio de la función pública que obra en la carpeta 001 fls. 277-278 que contiene información relacionada con las peticiones de la demandada ante la entidad pública.

La anterior circunstancia hace que se desvirtúe un actuar carente de buena fe por parte de la entidad que por Ley está obligada a cumplir las funciones asignadas y atender a sus usuarios cumpliendo los principios de la función pública.

Si bien no se desconoce el precedente contenido en la sentencia SL4330-2020, se debe señalar que en el presente proceso obra constancia de las actuaciones realizadas por la entidad con el objetivo de obtener el aumento de cargos en la

planta de personal ante la función pública para el cumplimiento de los fines y objetivos asignados a dicha entidad pública, sin lograr esa petición, pero si con la obligación de cumplir sus funciones legales.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.26-2021-00203-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 16 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** el valor de todos los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y a **COLPENSIONES** a aceptar dicha transferencia y a contabilizar las semanas cotizadas, además condenó en costas a **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** (min. 01:09:45, archivo “24GrabaciónAudienciaInicialYSentenciaPrimeraInstancia(Virtual)”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

MARIA DEL PILAR HERNANDEZ CUELLAR llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación realizado al RAIS a través de Colmena hoy **PROTECCIÓN**, así como los traslados horizontales realizados en ese mismo régimen, y, en consecuencia, se ordene a las AFP a trasladar la totalidad de los aportes, incluidos los rendimientos y cuotas de administración, a **COLPENSIONES**, y que esa entidad la registre como su afiliada, sin solución de continuidad.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 06 de julio de 1966, se afilió al ISS por primera el 11 de julio de 1991, cotizando un total de 254.29 semanas al 30 de septiembre de 1996; que un asesor de Colmena la contactó ofreciéndole la afiliación a dicha AFP, diciéndole que el ISS sería liquidado, que se podía pensionar antes de los 57 años de edad, sin indicarle las consecuencias del traslado de régimen pensional, por lo que considera que fue engañada y asaltada en su buena fe, pues ello condujo a que se afiliara a Colmena el 03 de junio de 1996; que posteriormente se trasladó a **PORVENIR**, quien dice igualmente incurrió en engaños, al ocultar y no proporcionar la información sobre el monto inferior de la mesada pensional futura que recibiría en el RAIS.

Manifestó que ante la proximidad de su fecha de pensión se acercó a **PORVENIR** donde le informaron que su mesada pensional correspondía al valor de \$1.200.000, pese a que su IBL de los últimos 10 años es de \$5.929.913, motivo por el cual el 8 de octubre de 2019 radicó solicitud de nulidad de afiliación ante **COLPENSIONES**, entidad que en comunicación del 24 de octubre de 2019 negó la petición; y que también radicó petición en igual sentido ante las AFP demandadas,

quienes respondieron de manera negativa (pág. 2 a 27, archivo “07SubsanaciónDemanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación en el RPM, la cantidad de semanas cotizadas y la radicación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción y caducidad*; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; cobro de lo no debido; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (pág. 03 a 14, archivo “13ContestaciónDemanda”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 33, archivo “17ContestaciónDemanda”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el ofrecimiento de la afiliación realizado por el asesor de Colmena, la solicitud presentada y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa;

inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (pág. 3 a 44, archivo “18ContestaciónDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:09:45, archivo “24GrabaciónAudienciaInicialYSenten...”)

El 16 de marzo de 2023, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ CUELLAR al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO. CONDENAR** al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los ahorros realizados por la demandante, 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. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos. **TERCERO. CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante que correspondían 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. **CUARTO. 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. **QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas. **SEXTO. CONDENAR** en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000), correspondiéndole a cada una el cincuenta por ciento (50%) de dicha condena...”*

Para resolver la Juez indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba de demostrar el deber de información recae en los fondos de pensiones, y al revisar el plenario solo se allegó el formulario de afiliación a Colmena, del cual no se puede dilucidar la información suministrada al momento de la suscripción del formulario, y que en el

interrogatorio la demandante se ratificó en lo señalado en la demanda, es decir, no se le suministró de forma suficiente las características de uno y otro régimen, por lo que concluyó que era viable declarar la ineficacia del traslado, al no estar precedido de un consentimiento informado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial respecto de la condena por indexación, pues adujo que resultaría una doble sanción dado que, además que se le ordena devolver valores distintos a los ordenados por la Ley, de manera clara se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que ha realizado **PORVENIR**, por un acto jurídico que produjo plenos efectos, con creces supera esa pérdida del poder adquisitivo de los dineros de la afiliada, representados en sus aportes pensionales, conforme lo ha establecido el Tribunal Superior de Cundinamarca y Tribunal Superior de Cali (*min. 01:11:28, archivo “24GrabaciónAudienciaInicialYSentencia...”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Laura López Álvarez, identificada con CC No. 1.152.466.180 y T.P. No. 365.499 del CSJ, allegó poder general conferido por escritura pública, que la faculta para actuar como apoderada de **PROTECCIÓN**, motivo por el cual se le reconoce y se le autoriza para actuar en tal calidad, y en su escrito de alegatos expuso las razones por las cuales considera que no es procedente la devolución o pago de reaseguros.

Y pese a que **PORVENIR** presentó recurso de apelación solo por la condena por indexación, solicitó la revocatoria de la sentencia señalando, entre otros aspectos, que el acto jurídico produjo los efectos que las partes pretendían, pues la demandante luego de recibir la

información necesaria y suficiente decidió escoger el régimen de ahorro individual, pudiendo hacer uso del derecho de retracto.

Por su parte, el apoderado de la demandante solicitó la confirmación del fallo de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARIA DEL PILAR HERNANDEZ CUELLAR** nació el 06 de julio de 1966 y se afilió al RPM a partir del 11 de julio de 1991 (*archivo “GEN-RES-CO-2019_13597377-20191024043845” carpeta “14ExpedienteAdmin...”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 03 de junio de 1996, con efectividad a partir del 1° de agosto siguiente (*pág. 56 y 57, archivo “18ContestaciónDemanda”*); **iii)** y realizó traslado horizontal en el RAIS, a través de **PORVENIR** el 30 de enero de 2004, donde permanece actualmente (*pág. 79, 78 y 130, archivo “17ContestaciónDemanda”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que

las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el

asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLMENA hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación, no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que recibió una información general al momento del traslado, que su empleador le indicó que el ISS se iba a acabar y que el asesor no le entregó algún comparativo, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Se debe precisar que el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar diferentes traslados entre administradoras del RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP DEMANDADAS de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta los argumentos expuestos en la alzada por **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de la totalidad de los conceptos referidos en precedencia se confirmará la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la

afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Sin embargo, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del Sistema General de Pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el

carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ CUELLAR al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

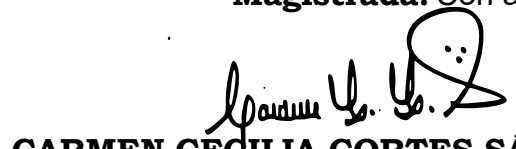
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR HERNANDEZ CUELLAR

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

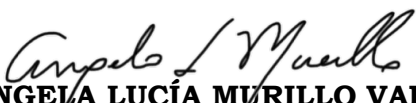
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2021 00203 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.26-2019-00396-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** contra la sentencia del 27 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia del contrato de trabajo y absolvió a la demandada de las demás pretensiones (*min. 02:02:24, archivo "007. 2019-396 (PC) testimonios y fallo-20211027_113703-Grabación de la reunión"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA llamó a juicio a la sociedad **ADMINISTRADORA MONSERRATE S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, que su despido fue sin justa causa encontrándose en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, que el último salario devengado fue de \$2.365.716 y, en consecuencia, que se ordene el pago de la indemnización por despido, trabajo suplementario, horas extras de los últimos tres años de vigencia del contrato de trabajo, reliquidación de vacaciones, cesantías y prima de servicios, indemnización moratoria,

intereses moratorios, condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que suscribió contrato de trabajo con **ADMINISTRADORA MONSERRATE** el 19 de octubre de 1998, para desempeñar el cargo de secretaria de gerencia, con funciones de atención a clientes y elaboración de cotizaciones para eventos y reservas; que durante los últimos tres años de vigencia del contrato de trabajo laboró más de 10 horas diarias, sin recibir pago por recargos legales; que desde octubre de 2004 empezó a padecer de problemas lumbares, siendo incapacitada en varias oportunidades; que el 27 de enero de 2005 la demandada le confirmó acuerdo de pago del 1.5% sobre el valor del evento antes de IVA y de propina, el 29 de diciembre de 2011 se oficializó el pago de comisiones del 5% en plan cava y a partir de agosto de 2015 en diferentes *otros si* se le modificó sustancialmente el contrato de trabajo.

Manifestó que a partir de abril de 2018 le quitaron las comisiones de planes cava y rosas, sin justificación; a partir del 12 de junio de 2018 la demandada a través de Mayerly Rubio inició una serie de llamados de atención, suceso que ocurrió también el 21 y 25 de junio de 2018, cuando se le aplicó sanción de suspensión del contrato de trabajo por dos días; que el último procedimiento de eventos se elaboró el 13 de noviembre de 2018 y se le entregó físicamente el 05 de diciembre siguiente.

Señaló que el 03 de julio de 2018 solicitó intervención al comité de convivencia ante conductas que consideró eran constitutivas de acoso laboral y dado el aumento desmedido de funciones, exigencia de tiempos y trámites; que el 23 de julio de 2018, EPS COMPENSAR a través de ordenes clínicas calificó la pérdida de capacidad laboral por discopatía lumbar para posible reubicación laboral; el 27 de agosto de 2018 se le comunicó que del 100% de las comisiones tan solo se le reconocería el 20%; que el 4 de diciembre de 2018 solicitó a la empresa apoyo en el área de eventos y la entrega del nuevo procedimiento de eventos; que el 9 de diciembre de 2018, fue atendida por urgencias en

la CRUZ ROJA; que el 8 de enero de 2019 radicó en el Ministerio de Trabajo, a las 7:51am, carta de acoso laboral; y que ese mismo día a las 5:00pm, le entregaron carta de terminación del contrato de trabajo por justa causa, por incumplimientos en el procedimiento de eventos.

Expresó que para la fecha de su despido se encontraba en proceso de estudio de presunto origen laboral por su enfermedad de *trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía* y que el 13 de febrero de 2019 COMPENSAR EPS solicitó a la demandada documentos para calificar origen de presunta enfermedad laboral, sin obtener respuesta (pág. 4 a 19, archivo “001.11001310502620190039600”).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA MONSERRATE SAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo desempeñado, la comunicación de COMPENSAR sobre el proceso de medicina laboral de la demandante y el pago de comisiones. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago*, buena fe y prescripción (pág. 159 a 185, archivo “001.11001310502620190039600”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 02:02:24, archivo “007. 2019-396 (PC) testimonios y fallo-20211027_113703-Grabación de la reunión”)

El 27 de octubre de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA y la sociedad ADMINISTRADORA MONSERRATE existió un contrato de trabajo a título indefinido vigente desde el 19 de octubre de 1998 al 8 de enero de 2019. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA MONSERRATE de todas y cada una de las pretensiones en su contra por parte de la señora SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante, fijándose

*como agencias en derecho la suma de \$1'000.000. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la sentencia, remítase en el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (...)*".

Como sustento de su decisión la Juez indicó que conforme con el procedimiento de eventos, la diligencia de descargos rendida por la demandante y el interrogatorio a ella practicado, donde ratificó los aspectos puntuales de la situación presentada, dedujo que la actora incumplió con el deber de exigir el anticipo al cliente a efectos de la confirmación para la realización del evento, faltando además a la verdad al informarle a su jefe inmediata que si lo había recibido; respecto de las quejas señaló que fueron probadas algunas de las relacionadas en la carta de terminación del contrato, que no se infiere que la demandante haya incurrido en el error al momento de generar la orden de servicios en cuanto al cambio del tipo de licor o si fue un yerro del administrador del punto, tampoco quedó demostrado desacato en cuanto a la prohibición de la producción de alimentos. En conclusión, señaló que SANDRA LILIANA incumplió lo contemplado en el artículo 43 del Reglamento Interno de Trabajo, lo que constituye una falta grave para terminar el contrato de trabajo por justa causa conforme con el artículo 62 del CST.

Respecto de las horas extras señaló que conforme con el precedente jurisprudencial, le correspondía a la trabajadora probar las horas realmente trabajadas en jornada ordinaria adicional, aspecto que no cumplió pues no demostró los supuestos de hecho en que se fundamentó este pedimento. Frente a la estabilidad laboral resaltó que la actora no demostró que a la terminación del contrato de trabajo tuviera una pérdida de capacidad laboral superior al 15%. Y finalmente que la demandada liquidó correctamente las acreencias laborales conforme con el salario realmente devengado, pues se tuvieron en cuenta todos los factores salariales, por lo que no procedía la reliquidación pretendida.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, ninguna de las partes presentó escrito de alegaciones. Hubo una intervención de la parte actora, la cual se hizo de forma extemporánea.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar **i)** si hubo un despido sin justa causa, **ii)** el fuero de estabilidad laboral por salud, **ii)** los periodos laborados más allá de la jornada ordinaria pendientes de cancelar que conduzcan a la reliquidación de acreencias laborales, **iii)** la procedencia de las indemnizaciones reclamadas e intereses moratorios, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** entre el demandante **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** y la demandada **ADMINISTRADORA MONSERRATE SAS** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 23 de octubre de 1998 al 08 de enero de 2019 (*aspecto aceptado por la demandada en la*

contestación de demanda y se acredita con la liquidación final del contrato de trabajo, pág. 93, archivo “001.11001310502620190039600”); ii) y en comunicación del 08 de enero de 2019 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 265 a 270, archivo “001.11001310502620190039600”*).

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como reafirmó la H. CSJ en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo

le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia declaró la existencia del contrato de trabajo y absolvió a la demandada de las demás pretensiones.

Por tanto, pasa la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, iniciando por el conflicto de si hubo o no justa causa en la terminación del contrato de trabajo y la procedencia del pago de la respectiva indemnización.

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (*pág. 265 a 270, archivo "001.11001310502620190039600"*) el empleador señaló como justa causa la prevista en el numeral del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, al considerar que hubo incumplimiento al procedimiento de eventos reflejado en i) realizar eventos sin el previo pago anticipado, ii) demora en atender cotizaciones, iii) cambio de menú de un restaurante a otro, iv) facturación de servicios traídos directamente por el cliente y no dados por la empresa y v) ofertar en la preliquidación un whisky sello negro y al momento del servicio servir whisky sello rojo.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la exigencia del Parágrafo del artículo 62 del CSJ se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

En este asunto se identificaron los motivos concretos que originaron la finalización del vínculo contractual, pero se fundamentó

en una causal que contiene dos presupuestos. Por un lado, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador de los artículos 58 y 60 del CST, caso en el cual le corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso. Y por el otro, cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, evento en el cual únicamente le es factible al juez verificar su ocurrencia, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Teniendo en cuenta el contenido de la carta de terminación del contrato de trabajo, no es posible inferir o determinar si la conducta que se dice cometió la trabajadora estaba pactada como falta grave en el reglamento o contrato de trabajo o cualquier otro acuerdo celebrado de forma bilateral entre las partes o con los demás trabajadores de la compañía, dado que en el citado escrito no se mencionó nada sobre este aspecto.

Ante tal circunstancia, el estudio de la presente actuación se limitará a determinar la gravedad de la conducta de la demandante y en caso de que una de ellas sea violatoria de las obligaciones o prohibiciones de carácter legal, la Sala se relevará de la constatación de los demás motivos expuestos por **ADMINISTRADORA MONSERRATE SAS**.

Pues bien, se acreditó en el plenario que **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** cumplió funciones de asistente de eventos y reservas; que al interior de la compañía demandada se estableció un procedimiento de eventos para garantizar su ejecución, realizando las actividades necesarias para cumplir con la satisfacción total en el servicio prestado, que conllevó a la actualización del perfil del cargo de la actora (*pág. 46 a 55 y 295 a 305, archivo “001.11001310502620190039600”*), documento que fue entregado a la trabajadora el 05 de diciembre de 2018 (*pág. 305, archivo “001.11001310502620190039600”*).

El 28 de noviembre de 2018, **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** fue citada a diligencia de descargos con ocasión del evento de la empresa CHR Hansen por haber generado orden de servicio sin recibir anticipo, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento de eventos (pág. 305, archivo “001.11001310502620190039600”).

Dicha diligencia se llevó a cabo el 29 de noviembre de 2018, donde la demandante aceptó que los cambios realizados al procedimiento de eventos le fueron informados y socializados el 14 de noviembre de 2018; dijo que se realizó una cotización para la empresa CHR Hansen para un evento el 28 de noviembre de 2018, les informó los medios de pago para realizar el anticipo a la brevedad, pero no le indicó el término, y que se hizo el evento y esa empresa se había comprometido a realizar el pago al finalizar el mismo. Cuando se le indagó que por qué había generado una orden de servicio sin anticipo ni autorización de la Gerencia General o Director Administrativo, respondió que *“la verdad, por todo el embolate no caí en cuenta. Tenía tanto que lo hice porque estaba con el afán de cumplir metas, fue un error involuntario”* y aceptó que con el nuevo protocolo se le debía pedir anticipo a todos los clientes. Además, que el día 27 de noviembre de 2018 le preguntaron que si los eventos del día siguiente estaban confirmados y ella había respondido que sí y con anticipos; que no estaba cumpliendo la jornada laboral porque tenía mucho trabajo y cosas importantes que hacer y que no había podido responder a tiempo las solicitudes de cotización, debido al alto flujo de trabajo (pág. 308 a 311, archivo “001.11001310502620190039600”).

El 07 de diciembre de 2018, se realizó una nueva diligencia de descargos con ocasión de eventos realizados el 05 de diciembre de 2018, por sobreventa en el restaurante, allí la accionante comentó y describió la situación, precisando que unas personas que habían reservado para el restaurante Santa Clara seleccionaron fue un menú del restaurante San Isidro, situación que se la comentó a su jefe inmediata Mayerli Rubio, quien le indicó que pasara al cliente a San Isidro; señaló que no tenía conocimiento que no se podía vender un

menú de San Isidro en Santa Clara y que así se habían hecho varios de esa manera en el mismo año. Frente a la sobreventa señaló que ella se encarga de los eventos pero que *“es responsabilidad del área de reservas según lo estipulado tener en cuenta que cuando hay eventos grandes, no se deben reservar mesas mayores a 6 personas porque afecta el servicio”* (pág. 314 a 316, archivo “001.11001310502620190039600”).

En correo electrónico del 04 de diciembre de 2018, la demandante le reiteró a su jefe inmediata colaboración para el área de eventos, dado que *“por el alto flujo de solicitudes de temporada me he visto muy recargada de trabajo”* (pág. 81, archivo “001.11001310502620190039600”). Y el 08 de enero de 2019, **SANDRA LILIANA VARGAS** radicó en el Ministerio de Trabajo queja por acoso laboral (pág. 84 a 86, archivo “001.11001310502620190039600”).

En audiencia del 22 de abril de 2021, se recaudó interrogatorio al representante legal de **ADMINISTRADORA MONSERRATE SAS**, quien sobre el particular no hizo aportes adicionales a los señalados en la contestación de la demanda (min. 7:58, archivo “002. 396-2019 (PC) Art 77, 2 interrogatorios - 7 testimonios.-20210422_101807-Grabación de la reunión). Igualmente, se recepcionó el interrogatorio a la demandante quien precisó que el procedimiento de eventos se lo leyeron en noviembre de 2018 y se lo entregaron de forma física en diciembre siguiente; reiteró que se hizo el evento de la empresa CHR sin el pago del anticipo y pese a ello le informó a su jefe que el mismo si se había realizado, señaló que no recordaba bien la cantidad de cotizaciones que debía resolver pero que había pedido una asistente y no tuvo ninguna ayuda (min. 11:47, archivo “002. 396-2019 (PC) Art 77, 2 interrogatorios - 7 testimonios. -20210422_101807-Grabación de la reunión).

Y frente a los testimonios decretados a favor de la parte demandada, en audiencia celebrada el 27 de octubre de 2021, se escuchó la declaración de Carmen Rocío Nocua Salazar, quien

manifestó laborar en **ADMINISTRADORA MONSERRATE SAS** desde enero de 2019 como directora de gestión humana, señaló haber participado en la elaboración del procedimiento de eventos, pero no supo las funciones que cumplió la accionante (*min. 4:00, archivo “007. 2019-396 (PC) testimonios y fallo-20211027_113703-Grabación de la reunión”*). También se recepcionó el testimonio de Sandra Patricia Rodríguez Sarmiento, quien labora como directora administrativa en la demandada desde marzo de 2008, expreso que a la demandante le fue terminado el contrato de trabajo por incumplimiento del procedimiento del área de eventos, que dicho procedimiento existía desde 2018 solo que se formalizó en octubre y comentó las etapas que se debían realizar en virtud del mismo (*min. 20:14, archivo “007. 2019-396 (PC) testimonios y fallo-20211027_113703-Grabación de la reunión”*)

Al analizar las pruebas mencionadas, junto con los otros elementos de persuasión obrantes en el expediente, para la Sala la parte demandada demostró con suficiencia la ocurrencia de la primera de las conductas atribuidas a **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** en la carta de terminación del contrato, relacionada con el incumplimiento al procedimiento de eventos al realizar los mismos sin el previo pago anticipado, comportamiento que a la luz del artículo 58 del CST, en especial del numeral 1°, constituye un incumplimiento de la demandante a las obligaciones especiales que le incumbían como trabajadora, lo que descarta el estudio de la existencia o configuración de los demás motivos de terminación del contrato.

En efecto, fue la propia trabajadora quien reconoció en la diligencia de descargos del 29 de noviembre de 2018, así como en el interrogatorio, la existencia del procedimiento de eventos, su socialización realizada el 14 de noviembre de 2018, el alcance y las etapas que debía cumplir en cada una de las reservas, el propio incumplimiento de prestar un servicio sin tener un pago anticipado y faltar a la verdad a su jefe inmediata, pues a pesar de no haber obtenido pago alguno para el evento de la empresa, sostuvo una versión diferente.

Y si se revisa el procedimiento de eventos (*pág. 46 a 55 y 295 a 305, archivo “001.11001310502620190039600”*), claramente allí se determina que el anticipo era indispensable para la emisión de la orden de servicio, aspecto que no cumplió la demandante para el evento del 28 de noviembre de 2018 con la empresa CHR Hansen, situación que también le era exigible en virtud del manual de funciones donde una de sus responsabilidades precisamente era *“Cumplir con el procedimiento de eventos”*.

Ahora, podría pensarse que la verificación o el olvido en obtener el anticipo para poder emitir la orden de servicio, obedeció al cumulo de trabajo que tenía la demandante, según su dicho, y a las recientes políticas implementadas por la compañía para la gestión de los eventos a llevarse a cabo en los restaurantes, o que incluso al ser tan reciente la nueva forma de prestar los servicios no se había adaptado a los protocolos. Sin embargo, lo cierto es que fue **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** quien afirmó en la diligencia de descargos del 29 de noviembre de 2018 que tal aspecto obedeció por el afán de cumplir metas.

Y finalmente, el tema de los anticipos se entiende que hace parte de esa libertad que tiene el empresario precisamente para atender sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, luego su no cumplimiento podría afectar esa dinámica comercial y generarle pérdidas en caso de retrasos por parte de sus clientes, sin que para acreditar la citada falta se requiera demostrar el perjuicio sufrido por el empleador.

Bajo el anterior análisis, está demostrada la infracción a las obligaciones que tenía la trabajadora y, por ende, la justa causa, por lo que la **ADMINISTRADORA MONSERRATE SAS** estaba plenamente facultada para terminar el contrato en la forma en que lo hizo, la cual se adoptó en un término perentorio, motivo suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

- Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en las sentencias SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Dicha definición concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de

salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. Y la misma Corporación en la sentencia C-200 de 2019 estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que su afectación dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien

sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, es relevante precisar que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001, hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme lo indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018, corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud, so pena de que se declare su ineficacia.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato, 08 de enero de 2019, acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, correspondía a la demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces, que conforme con lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó sustancialmente su capacidad de trabajo.

Para el presente caso, la actora en su demanda alega que le fue terminado el contrato de trabajo estando en proceso de calificación de su enfermedad.

Del análisis de las pruebas que reposan en el expediente, y del interrogatorio rendido por la demandante, para la Sala es evidente que durante el curso de la relación laboral **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** presentó un deterioro en su salud, (*pág. 30 a 35, 65 a 74, 79, 80, 83, 126 a 128, archivo “001.11001310502620190039600”*), situación plenamente conocida por el empleador, por cuya afección recibió tratamiento médico.

Sin embargo, debe recordarse que no cualquier tipo de afectación en salud conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cubre a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor, independientemente que hayan o no sido calificadas.

En este caso, la demandante a pesar de sus afecciones de salud no presentaba incapacidades a la fecha del retiro y las patologías no le impedían el normal cumplimiento de su labor, pues así se infiere de lo manifestado por su interrogatorio.

Se resalta que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que proceda la protección es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de discapacidad,

razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, así lo reiteró la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4632 de 2021, circunstancias que no se presentaron en el caso bajo estudio.

Además, no se allegaron ni se demostraron que las recomendaciones medico laborales y ergonómicas otorgadas por el diagnóstico que padece la demandante, señalaran la incompatibilidad de las dolencias con las actividades a desarrollar al interior de la compañía, de suerte que, y a pesar de las condiciones de salud de **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA**, en este asunto no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada, advirtiéndose que, en todo caso, la terminación del contrato no fue por despido sino por la configuración de una justa causa, diferente a la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la parte demandante no probó que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud, para trasladar la carga de la prueba a la demandada de demostrar razones objetivas en la extinción del vínculo contractual, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues no se evidencia relación de causalidad entre las patologías sufridas por la actora y la finalización del vínculo contractual. Por ello, resulta claro que la terminación del contrato obedeció a una razón legal, artículo 62 del CST, como lo es la existencia de una justa causa, y no referido a la condición de salud de la trabajadora.

Y frente a la existencia o no de conductas constitutivas de acoso laboral, es un aspecto que debió ventilarse por el procedimiento especial de acoso laboral previsto en el artículo 13 de la Ley 1010 de 2006, pues precisamente ese mecanismo sumario es el indicado para debatir de forma concentrada e individual este tipo de controversias.

- **Sobre la carga de la prueba sobre trabajo suplementario y recargos.**

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que corresponde al demandante acreditar, más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio en los tiempos y condiciones que generan el pago de trabajo suplementario (horas extras) o recargos (nocturno, dominical o festivo), por cuanto la prueba de su generación no es dable mediante suposiciones, debiéndose determinar con precisión la cantidad de horas que por dichos conceptos están pendiente de pago (SL3009 de 2017 y SL939 de 2018, entre otras).

Por lo anterior, la parte que solicita el reconocimiento de tales conceptos debe acreditar, de forma contundente, la prestación efectiva del servicio sobre la cual funda su solicitud de pago.

Descendiendo al caso bajo estudio, le correspondía a **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** acreditar haber laborado en horas extras, durante la ejecución del contrato y por el periodo reclamado y que, a pesar de ello, los servicios no fueron remunerados con el porcentaje adicional.

En el hecho 3° de la demanda, **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA**, refiere que en los últimos tres años de servicio laboró más de 10 horas diarias y así, dice, consta en el registro de huella de entradas y salidas de la empresa demandada.

Al revisar el expediente no hay ninguna prueba documental que permite inferir que la demandante laboró en horario superior a la jornada máxima legal, como lo alega en el escrito inicial. Y de las pruebas recaudadas, además de lo ratificado por la actora en el interrogatorio, se recibió la declaración de Jaider Gustavo Williams Cruz, quien manifestó haber laborado con SANDRA LILIANA en el año 2018, que ella tenía jornadas muy largas y que horas extras no le pagaban (*min. 39:45, archivo "002. 396-2019 (PC) Art 77, 2*

interrogatorios - 7 testimonios.-20210422_101807-Grabación de la reunión). También se escuchó a Luis Fernando Sánchez Peña, quien dijo haber laborado con la demandante hasta el 30 de septiembre de 2013 y posteriormente prestó el servicio a favor de la empresa demandada pero como *extra* hasta el año 2017, expresó que la actora no tenía un horario en sí porque entraba muy temprano, pero la hora de salida era incierta (*min. 52:22, archivo “002. 396-2019 (PC) Art 77, 2 interrogatorios - 7 testimonios. -20210422_101807-Grabación de la reunión).* Y se recepcionó la declaración de Carlos Humberto Montoya quien trabajó con la accionante desde el 2013 a 2019, dijo que le constaba que ella entraba a trabajar muy temprano, 8, 9 o 11 de la mañana y se quedaba más tiempo de las horas permitidas, porque era demasiado comprometida con la empresa (*min. 01:08:38, archivo “002. 396-2019 (PC) Art 77, 2 interrogatorios - 7 testimonios.-20210422_101807-Grabación de la reunión).*

Bajo ese escenario, le correspondía al demandante acreditar en forma concreta y específica que laboró más allá de la jornada legal, carga demostrativa que no cumplió la interesada (art. 167 del CGP), pues, aunque de las citadas declaraciones podría inferirse que **SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA** laboró en jornadas extensas, no hay certeza de cuántas horas adicionales a la jornada máxima diaria prestó el servicio, si fueron en tiempos diurnos o nocturnos y con qué periodicidad se presentaron, lo que impide realizar algún cálculo aritmético, razón suficiente para confirmar la sentencia en este aspecto.

Y frente al último promedio salarial devengado, no se puede establecer con certeza que factores salariales pretendía la parte actora se incluyeran con ese propósito, pues si correspondía a horas extras, las mismas no se causaron; y si tenía que ver con comisiones o prestaciones adicionales constitutivas o no de salario, se debió precisar de forma concreta y sobre qué periodos se reclamaba, para realizar la respectiva validación y estudio, pues conforme con la liquidación final del contrato de trabajo para el cálculo de las acreencias se incluyó un factor por concepto de comisiones (*pág. 93, archivo*

“001.11001310502620190039600”), no siendo viable determinar una base salarial diferente a la señalada por el empleador.

Por el anterior análisis, resulta acertada la decisión adoptada por el *a quo*, motivo por el cual se confirmará en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.26 2020 00442 02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a **COLPENSIONES** a pagar a la demandante **MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA** la suma de \$21.139.030 por retroactivo de la pensión de invalidez causado entre el 04 de julio de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2020, intereses moratorios a partir del 09 de noviembre de 2020 hasta la fecha en que se produzca el pago de las mesadas y costas procesales en cuantía de \$2.000.000 (min. 11:06, archivo "29GrabaciónAudienciaSentenciaPrimeraInstancia(Virtual)").

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se le reconozca y pague el retroactivo de la pensión de

invalidez generado entre el día 04 de julio de 2019 y el 1° diciembre de 2020, intereses moratorios y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó que mediante dictamen No. DML 136 del 30 de marzo de 2020 **COLPENSIONES** le determinó un 50.16% de PCL, con fecha de estructuración el 4° de julio de 2019, de origen común; que le solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez el día el 09 de septiembre de 2020, entidad que a través de la Resolución SUB244079 del 11 de noviembre de 2020, le reconoció la prestación a partir del 1° diciembre de 2020; sin embargo, considera que la prestación debió otorgarse con efectos fiscales a partir del 04 de julio de 2019, fecha de estructuración del estado de invalidez; que **COLPENSIONES**, en el acto administrativo, señaló que la efectividad de la prestación era a partir del 1° de diciembre de 2020, porque el certificado de incapacidades expedido por MEDIMAS EPS era ilegible; finalmente, indicó que entre el 04 de julio de 2019 y el 1° de diciembre de 2020 no recibió pago de auxilio económico por incapacidades (*pág. 8 a 14, archivo "05SubsanaciónDemanda"*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la calificación de pérdida de capacidad laboral de la demandante, la firmeza del dictamen, la solicitud y reconocimiento de la pensión de invalidez. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previa la excepción de falta de competencia por no agotamiento de reclamación administrativa, la cual fue declarada probada por el *a quo*, decisión que fue revocada por esta Corporación en providencia del 29 de abril de 2022 (*archivo "08AutoResuelveRecurso", subcarpeta "C02ApelacionAuto"*). Igualmente, presentó como excepciones de fondo las de *prescripción y caducidad*, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, buena fe, y la innominada o genérica (*pág. 3 a 14, archivo "10ContestacionDemanda"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 11:06, archivo "29GrabaciónAudienciaSentenciaPrimeraInst...")

El 16 de marzo de 2023, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por concepto de pensión de invalidez, calculado desde el 04 de julio de 2019, fecha de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, hasta el 30 de noviembre de 2020, un día antes de la inclusión en nómina dispuesta por COLPENSIONES, generándose un retroactivo pensional en la suma de \$21'139.030, autorizándose a COLPENSIONES a efectuar los descuentos en salud en la suma de \$2'642.379, arrojando un retroactivo pensional en la suma de \$18'496.651, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO. CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior, a partir del 9 de noviembre de 2020 y hasta cuando se efectuó el respectivo pago del retroactivo pensional aquí ordenado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO. CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en Derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) (...).

Como sustento de su decisión la Juez indicó que el último pago de incapacidad recibido por la demandante fue para el 26 de noviembre de 2018, conforme lo certificó Medimás, por lo que ordenó el pago del retroactivo pensional desde la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral hasta el día anterior a la inclusión en nómina, por la suma de \$21.139.030, autorizando a la demandada a descontar lo correspondiente por aportes en salud. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó a intereses moratorios a partir del 9 de noviembre de 2020 hasta la fecha del pago de las mesadas adeudadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia. Solicita que se tenga en cuenta el artículo 141 de la Ley 100 de 1990, pues en el presente caso no hay una mora injustificada, tal y como se dispuso en el acto administrativo

de reconocimiento pensional y los pagos se incluyeron en nómina a partir del mes de enero de 2021. Frente a la condena en costas que COLPENSIONES no tiene un rubro destinado al pago de estos conceptos, por lo que esos dineros deben salir del patrimonio público del RPM, además ha actuado de buena fe dado que al no constatarse la fecha en que se le pagó la última incapacidad, se procedió conforme la normatividad a reconocer la prestación a corte de nómina (*min. 12:33, archivo "29GrabaciónAudienciaSentenciaPrimeraInstancia..."*).

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y titular de la T.P 221.228 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad, y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, señalando que al ser incompatible el pago de incapacidades con el pago de la pensión de invalidez, es necesaria la presentación legible de las incapacidades generadas y pagadas desde de 04 de julio de 2019, a fin de evitar dobles pagos a favor del afiliado.

No hubo intervención de la parte actora.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en el recurso de apelación y, los que no, en el grado jurisdiccional de consulta.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, intereses moratorios y costas procesales, conforme lo planteado en el recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existe controversia en que: *i)* **COLPENSIONES** mediante dictamen del 20 de marzo de 2020 le calificó a la demandante la pérdida de capacidad laboral en un 50.16%, de origen común y con fecha de estructuración 04 de julio de 2019 (*pág. 26 a 33, archivo "01DemandaYAnexos"*); *ii)* **MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA** tuvo incapacidades continuas expedidas por CAFESALUS EPS desde el 06 de octubre de 2016 hasta el 07 de agosto de 2017 (*archivo "GRP-CER-IE-2017_10648776-20171006045047", subcarpeta "11ExpedienteAdministrativo"*) y por MEDIMAS EPS desde el 11 de agosto de 2017 hasta el 26 de noviembre de 2018 (*pág. 36, archivo "01DemandaYAnexos"*); *iii)* **MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA** le solicitó a **COLPENSIONES** la pensión de invalidez el 09 de septiembre de 2020 (*pág. 15, archivo "01DemandaYAnexos"*), entidad que en Resolución SUB244079 del 11 de noviembre de 2020 le reconoció la prestación en cuantía de \$877.803, a partir del 1° de diciembre de 2020 (*pág. 18 a 25, archivo "01DemandaYAnexos"*).

- **Sobre el pago de la pensión de invalidez y la incompatibilidad con el reconocimiento de incapacidades temporales.**

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de forma pacífica y reiterada ha indicado que la norma aplicable a la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, salvo en los eventos de la condición más beneficiosa, tal y

como reafirmó recientemente en las sentencias SL4567 de 2019, SL4020 de 2019, SL1010 de 2020, SL1018 de 2020, entre otras.

Los artículos 38 y 69 de la Ley 100 de 1993, establecen la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones. Los requisitos para acceder a dicha prestación, que aplican en ambos regímenes pensionales y que están consagrados en el artículo 39 *íbidem*, fueron modificados por la Ley 860 de 2003, la cual establece que el afiliado debe acreditar un 50% o más de pérdida de capacidad laboral y haber cotizado un mínimo de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. A su vez, el artículo 40 de la misma norma señala que la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

El artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establece que cuando el beneficiario de la pensión de invalidez de origen común estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, aquella comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha señalado que el estado de invalidez generalmente viene precedida de un proceso patológico incapacitante que sufre el trabajador, lo que explica que el reconocimiento pensional deba hacerse, una vez se extingue la última incapacidad temporal, quedando prohibida la *alternancia, concurrencia o subsistencia* de estas dos prestaciones dentro de un mismo período, así se declare que el hecho invalidante existe desde una fecha anterior al período en que se pagó la incapacidad temporal. Por tanto, los efectos económicos de la pensión de invalidez, en los supuestos en los que su declaratoria esté precedida de una incapacidad temporal, se producen a partir de la extinción de la última incapacidad y, sino lo está, se producen a

partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez (CSJ SL5170 y SL3913-2022).

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio no existe controversia sobre el estado de invalidez de **MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA**, declarado mediante dictamen DML136 del 20 de marzo de 2020 donde se determinó una PCL de 50.16% con fecha de estructuración el 04 de julio de 2019, de origen común (*pág. 26 a 33, archivo "01DemandaYAnexos"*), así como tampoco que **COLPENSIONES** en Resolución SUB244079 del 11 de noviembre de 2020 le reconoció la prestación en cuantía de \$877.803, a partir del 1° de diciembre de 2020 (*pág. 18 a 25, archivo "01DemandaYAnexos"*), por cumplir con los presupuestos normativos, aspecto que se corrobora con la historia laboral del 03 de junio de 2021, que da cuenta del cumplimiento mínimo de semanas para la causación de la prestación (*pág. 48, archivo "25ExpedienteAdministrativo"*). Lo que se discute es lo relacionado con la fecha de disfrute y pago del retroactivo pensional.

Revisado el expediente, se tiene que a **MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA** se le generaron incapacidades continuas de origen común otorgadas por MEDIMAS EPS hasta el 26 de noviembre de 2018 (*pág. 36, archivo "01DemandaYAnexos"*), sin que obre en el plenario prueba demostrativa que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez se hayan presentado o concedido nuevas incapacidades que impidan el disfrute de la prestación pensional, en los términos señalados en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que conforme con comunicación de fecha 09 de febrero de 2021 MEDIMAS EPS informó que se adjuntaba como soporte las incapacidades expedidas a la usuaria desde el 11 de agosto de 2017, en cuya relación figura que la última incapacidad otorgada fue precisamente el 26 de noviembre de 2018 por el diagnostico de M239 (*pág. 336 y 337, archivo "25ExpedienteAdministrativo"*). Por ello, no se presenta

incompatibilidad para el pago de las mesadas pensionales en la forma reclamada por la parte actora, motivo suficiente para concluir que le asiste el derecho al pago del retroactivo pensional, generado entre la fecha de la estructuración de la invalidez (04 de julio de 2019) y la fecha anterior a la inclusión en nómina de pensionados, que corresponde al 30 de noviembre de 2020.

Partiendo de la base que el monto de la mesada pensional no fue objeto de controversia y que se fijó en un salario mínimo legal mensual vigente, se obtiene el siguiente resultado:

AÑO	VALOR MESADA PENSIONAL	NÚMERO DE MESADAS	TOTAL
2019	\$828.116,00	6,9	\$5.714.000,40
2020	\$877.803,00	12	\$10.533.636,00
		TOTAL	\$16.247.636,40

Bajo el anterior escenario, y al ser inferior el anterior monto al valor calculado por el *a quo* por concepto de retroactivo, se modificará la sentencia en este aspecto, advirtiéndole que la entidad de seguridad social deberá descontar el porcentaje que corresponda por concepto de aportes a salud a cargo de la pensionada.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo

buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras).

Por su parte, el artículo 9^o1 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994², establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Para el efecto, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que el demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión desde el 09 de septiembre de 2020 (*pág. 15 y 18, archivo "01DemandaYAnexos"*), fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, por ello los intereses procedían en principio a partir del 09 de enero de 2021 (cuatro meses después de presentada la solicitud), por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando se efectuara su pago.

Sin embargo, no se puede dejar de lado que **COLPENSIONES** adujo en el acto administrativo de reconocimiento pensional que no era posible conceder el retroactivo a partir de la fecha de estructuración de la invalidez porque el certificado de incapacidades expedido por MEDIMAS EPS era ilegible, requiriendo a la afiliada a que aportara dicho documento con los datos respectivos, para proceder a realizar un nuevo estudio de la prestación (*pág. 18 a 25, archivo "01DemandaYAnexos"*).

En ese escenario, le correspondía a la parte actora acreditar de forma siquiera sumaria que para el momento en que radicó la solicitud pensional el certificado de incapacidades cumplía las exigencias

¹ "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte"

² Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

reclamadas por **COLPENSIONES**, que permitiera inferir que el no reconocimiento de mesadas obedeció a un acto unilateral y sin justificación del administrador del régimen pensional público.

Luego de revisar todo el expediente no se logró desvirtuar el argumento expuesto por **COLPENSIONES** para negar el retroactivo pensional al momento de la expedición del acto administrativo, lo que deja sin sustento una condena por intereses moratorios.

En efecto, en escrito del 09 de septiembre de 2020, se radicó ante la demandada solicitud de pensión de invalidez, sin que se tenga certeza cuáles fueron los documentos que sustentaron ese pedimento, pues de la sola carta referida en la Resolución SUB244079 de 11 de noviembre de 2020, no se puede deducir que hubo o no incapacidades con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez de **MARTHA CECILIA ECHEVERRIA GARCIA**, ya que no cuenta con fecha de expedición. Y pese a que en el citado escrito se relacionó como anexo copia del certificado de incapacidades expedido por MEDIMAS EPS y CAFESALUD EPS (archivo “GEN-ANX-CI-2020_8890451-20200929122246”, subcarpeta “11ExpedienteAdministrativo”), no se probó que se estuviera haciendo mención de un certificado diferente. Al contrario, la constancia de recibido de esa petición permite inferir que se trató de certificados de incapacidades expedidos por MEDIMAS (sin fecha de expedición) y CAFESALUD, iguales a los que se adosaron con la demanda (archivo “GEN-RES-CO-2020_8890451-20200909093701”, subcarpeta “11ExpedienteAdministrativo”).

Ese certificado de incapacidades, sin fecha de expedición, ya se había puesto en conocimiento a la demandada en escrito radicado el 05 de marzo de 2019, es decir, con anterioridad a la solicitud de pensión de invalidez (archivo “GEN-ANX-CI-2019_2930630-20190305094943”, subcarpeta “11ExpedienteAdministrativo”).

Ahora, tan solo el 15 de febrero de 2021 se radicaron ante **COLPENSIONES** dos oficios provenientes de MEDIMAS EPS, donde se señala lo siguiente:

- a. Oficio del 22 de julio 2020 que da cuenta que al 26 de noviembre de 2018, la demandante presenta un registro acumulado de 773 días de incapacidad continua, consecuente del diagnóstico M239, y se anexa el certificado detallado de incapacidades (pág. 4 a 6, archivo GEN-COM-CO-2021_1654628-20210215085206, subcarpeta *"11ExpedienteAdministrativo"*).
- b. Oficio del 09 de febrero de 2021, donde se certifica incapacidades a partir del 11 de agosto de 2017 para el correspondiente trámite pensional, siendo la última de aquellas para el periodo de noviembre de 2018 (pág. 1 y 2, archivo GEN-COM-CO-2021_1654628-20210215085206, subcarpeta *"11ExpedienteAdministrativo"*).

Respecto del oficio del 22 de julio de 2020, no hay prueba en el expediente de que se haya radicado en el mismo año de su expedición.

Por tal motivo, solo con esa radicación realizada el 15 de febrero de 2021 hay plena certeza de que a **MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA** no se le concedieron incapacidades más allá del 26 de noviembre de 2018.

Pues bien, el anterior análisis demuestra que **COLPENSIONES** no pudo incurrir en mora puesto que resolvió la prestación pensional en un término perentorio y en el plazo otorgado por el legislador, reconoció la prestación con corte a nómina, porque no había certeza de si a la afiliada le habían concedido incapacidades con posterioridad al 04 de julio de 2019, fecha de estructuración de la invalidez, y solo el 15 de febrero de 2021 recibió los documentos que dan fe del histórico de incapacidades medicas otorgadas a **MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA**, periodo para el cual ya se había presentado la presente

acción ordinaria (18 de diciembre de 2020, archivo "02ActaIndividualReparto")

En consecuencia, para la Sala no se cumplieron los supuestos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual se revocará la condena por intereses moratorios y, en su lugar, para efectos de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo, se ordenará a la demandada a indexar las mesadas pensionales desde su causación hasta la fecha en que se produzca su pago efectivo, conforme con el IPC certificado por el DANE.

- **Sobre la excepción de prescripción:**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Al respecto, y teniendo en cuenta que entre la Resolución SUB244079 del 11 de noviembre de 2020, por medio de la cual **COLPENSIONES** reconoció la pensión de invalidez (pág. 18 a 25, archivo "01DemandayAnexos"), y la presentación de la demanda, 18 de diciembre de 2020 (archivo "02ActaIndividualReparto"), no trascurrieron los tres años aludidos, por lo que las mesadas reconocidas no se encuentran afectadas por prescripción, lo que descarta la prosperidad de este medio exceptivo.

Frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas

procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en segunda instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia en sentido de establecer que el retroactivo pensional por mesadas causadas entre el 04 de julio de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2020, asciende a la suma de \$16.247.636,40, monto del cual **COLPENSIONES** deberá descontar el porcentaje que corresponda por concepto de aportes a salud a cargo de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

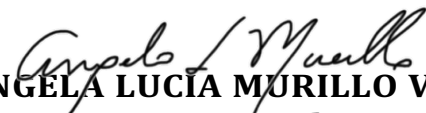
SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, CONDENAR a **COLPENSIONES** a indexar las mesadas pensionales generadas entre el 04 de julio de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2020 desde la causación de cada una de ellas hasta la fecha en que se produzca su pago efectivo, conforme con el IPC certificado por el DANE, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

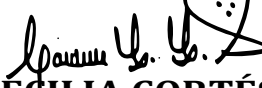
TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.28-2021-00368-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 27 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado realizado por **PEDRO ANTONIO PADILLA RODRIGUEZ** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, declaró al demandante válidamente vinculado al RPM, ordenó a **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, declaró no probadas las excepciones e impuso costas a las demandadas (*min. 52:48, archivo “18AudioAudiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

PEDRO ANTONIO PADILLA RODRIGUEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de

la afiliación y nulidad del traslado del traslado de régimen pensional realizado al RAIS a través de Horizonte hoy **PORVENIR** y, en consecuencia, se ordene a la **AFP** a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración y todas las sumas adicionales, y se ordene a **COLPENSIONES** a computar los tiempos cotizados en el RAIS y a reconocer la pensión de vejez, junto con la condena por intereses moratorios o indexación, facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 18 de mayo de 1960 y se afilió al ISS desde el 3 de junio de 1988 al 31 de diciembre de 2005; la **AFP PORVENIR** lo invitó a trasladarse al RAIS el 25 de noviembre de 2005, traslado que se materializó a partir de enero de 2006, y para su motivación el vendedor le indicó que el ISS estaba en riesgo de desaparecer y que con el traslado al RAIS obtendría mejores garantías y mayores beneficios en su futuro pensional; que el 25 de mayo de 2021 solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de la afiliación y nulidad de traslado de régimen pensional, petición que fue respondida de manera negativa; y finalmente, que radicó petición de traslado y solicitud de documentos a **PORVENIR**, en la misma fecha, recibiendo respuesta en comunicación del 18 de junio de 2021 (*pág. 1 a 10, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, la afiliación en el RPM, las semanas cotizadas, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción y caducidad*; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; cobro de lo no debido; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (*pág. 1 a 14, archivo “07ContestacionColpensiones”*).

Y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la presentación de la solicitud. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 2 a 28, archivo “09ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 52:48, archivo “18AudioAudiencia”)

El 27 de marzo de 2023, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor PEDRO ANTONIO PADILLA RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de enero de 2006, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor PEDRO ANTONIO PADILLA RODRÍGUEZ, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 77.012.826 a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES para que active la afiliación del demandante dentro del régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado. **QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas dentro del libelo genitor. **SEXTO:** Las costas de esta instancia están a cargo de las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., señalándose como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora. **SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior por resultarle adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES...”*

Como sustento de su decisión la Juez indicó que, conforme con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la carga de la prueba recaía en **PORVENIR**, a quien le correspondía demostrar el tipo de información que le dio al demandante al momento del traslado, las condiciones en que se dio el

mismo y sobre la verdadera situación que tenía en los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviera debidamente informado y escogiera el régimen que más le conviniera; que como tal aspecto no ocurrió y no se allegó prueba alguna para acreditar esa obligación, en los términos ordenados por la jurisprudencia, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional, disponiendo el regreso automático del demandante al RPM siendo obligación de **PORVENIR** trasladar los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual a **COLPENSIONES**. Y sobre la pensión de vejez expresó que el actor no es beneficiario del régimen de transición y no acredita el requisito mínimo de 1.300 semanas cotizadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado; que con la sentencia de declaratoria de ineficacia de un afiliado que se encuentra en la prohibición de la Ley 797 de 2003, conforme lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia SU062 de 2010, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, por lo que se pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de pensión del resto de los cotizantes (*min. 55:00, archivo “18AudioAudiencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. Y pese a que **PORVENIR** no presentó recurso de apelación, solicitó la revocatoria de la sentencia señalando, entre otros aspectos, que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional. **COLPENSIONES** no presentó alegatos en segunda instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) PEDRO ANTONIO PADILLA RODRIGUEZ** nació el 18 de mayo de 1960 y se afilió al RPM a partir del 03 de junio de 1988 (*pág. 14 y 32, archivo “31Demanda”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 29 de noviembre de 2005, con efectividad a partir del 1° de enero de 2016, donde permanece actualmente (*pág. 29 y 30, archivo “09ContestacionPorvenir”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y

voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación, no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que el asesor de la AFP le informó que el ISS se iba a acabar y que **PORVENIR** era el fondo del futuro, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o

no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución indexada de los conceptos referidos en precedencia, se adicionará el alcance de la condena.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025

de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se modificará el alcance de la condena.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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, por el tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en dicha

Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: PEDRO ANTONIO PADILLA RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2021 00368 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 29-2019-00481-01
Proceso acumulado No. 04-2019-00710

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia del 18 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró que **BETTY LÓPEZ DE REYES**, como cónyuge supérstite, y **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER**, como compañera permanente, son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del pensionado HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) en un porcentaje del 63% para la primera y un 37% para la segunda, ordenó el pago del retroactivo pensional a partir del 13 de febrero de 2019, debidamente indexado, y se abstuvo de condenar en costas (*min. 01:52:22, enlace archivo "17ActaSentencia"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

GLORIA MARLEN ANGEL SOLER y BETTY LÓPEZ DE REYES llamaron a juicio al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** para que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, con ocasión del

fallecimiento del pensionado HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.).

GLORIA MARLEN ANGEL SOLER fundamentó su pretensión en que a HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) le fue reconocida pensión de jubilación a partir del 14 de abril de 1992, que falleció el 13 de febrero de 2019; que el 1° de septiembre de 1992 comenzó con el causante una unión marital de hecho, dentro de la cual procrearon un hijo de nombre Daniel Reyes Ángel, quien nació el 4 de diciembre de 1993, convivencia que perduró hasta su fallecimiento; y que cuando inició la convivencia, HERNANDO era casado con BETTY LÓPEZ, con quien tuvo dos hijos, Hernando y Juliana (*pág. 23 a 28, archivo "02ExpedientePrincipalFolio167"*).

BETTY LÓPEZ DE REYES como sustento de sus pedimentos afirmó que contrajo matrimonio con HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) el 05 de junio de 1970 en la Parroquia Nuestra Señora de las Lajas; que de dicha unión nacieron Hernando Alberto Reyes López y Eliana Reyes López, hoy mayores de edad; que el vínculo matrimonial estuvo vigente desde el 05 de junio de 1970 hasta la fecha de fallecimiento del causante, en forma permanente y bajo el mismo techo; que a HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) le fue reconocida pensión de jubilación por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución No. 000789 del 26 de Agosto de 1992; que reclamó a la demandada el reconocimiento de la sustitución pensional, entidad que el 24 de julio de 2019 profirió la Resolución No.1723 dejando en suspenso el reconocimiento dado que **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** se presentó en calidad de compañera permanente de HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) (*pág. 3 a 8, archivo "001ExpedientedeOrigen2019-710"*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** no se opuso al reconocimiento siempre y cuando las partes demuestren con las pruebas idóneas, conducentes y pertinentes, el correspondiente derecho. Aceptó la calidad de

pensionado de HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.), su fallecimiento, las peticiones presentadas, la suspensión del reconocimiento pensional, la existencia de los hijos del causante, y el vínculo marital existente entre el pensionado y **BETTY LÓPEZ DE REYES**. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción* y buena fe (pág. 129 a 135, archivo “02ExpedientePrincipalFolio167” y pág. 68 a 72, archivo “001ExpedientedeOrigen2019-710”).

REFORMA DE LA DEMANDA

BETTY LÓPEZ DE REYES presentó reforma de la demanda (pág. 91 a 114, archivo “001ExpedientedeOrigen2019-710”), sobre la cual la entidad demandada guardó silencio, por lo que se tuvo por no contestada (pág. 162, archivo “001ExpedientedeOrigen2019-710”).

BETTY LÓPEZ DE REYES contestó la demanda presentada por **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** oponiéndose a cada una de las pretensiones y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado por ausencia de convivencia durante los últimos cinco (5) años*, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y falta de causa, prescripción y la genérica o innominada (pág. 2 a 13, archivo “06ContestacionDemandaBettyLopez”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:52:22, enlace archivo “17ActaSentencia”).

El 18 de enero de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que la señora **BETTY LOPEZ DE REYES** en su calidad de cónyuge supérstite del causante señor **HERNANDO REYES CARDENAS**, tiene derecho a la sustitución pensional en un porcentaje correspondiente al 63% de la mesada pensional que venía devengando el causante. **SEGUNDO: DECLARAR** que la señora **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** en su calidad de compañera permanente del causante **HERNANDO REYES CARDENAS** tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional en un porcentaje correspondiente al 37% de la pensión que le venía siendo reconocida al causante **HERNANDO REYES CARDENAS**. **TERCERO: CONDENAR** al **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES**

*NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar en favor de la señora BETTY LOPEZ DE REYES en su calidad de cónyuge supérstite, el 63% de la sustitución de la pensión causada por el fallecimiento del señor HERNANDO REYES CARDENAS, a partir del 13 de febrero de 2019, por 14 mesadas al año, con sus aumentos de ley. **CUARTO: CONDENAR** al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer a la señora GLORIA MARLEN ANGEL SOLER en su calidad de compañera permanente del causante HERNANDO REYES CARDENAS la sustitución pensional en un porcentaje del 37% de la mesada que venía devengando el causante, a partir del 13 de febrero de 2019, por 14 mesadas al año y con los incrementos de ley. **QUINTO: CONDENAR** al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar a las demandantes señora GLORIA MARLEN ANGEL SOLER y BETTY LOPEZ DE REYES el retroactivo causado desde la fecha de fallecimiento del señor HERNANDO REYES CARDENAS y hasta la fecha en que sean incluidas en nómina de pensionados, debidamente indexado **QUINTO: (SIC)** sin condena en costas **SEXTO: (SIC)** Enviar en consulta la presente sentencia al Honorable Tribunal Superior de Bogotá- en favor del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Se adiciona la sentencia en el sentido de no acceder a los intereses moratorios y se ordena la indexación del retroactivo (...)*

Como fundamento de su decisión expresó que el trato que se le debe dar tanto a la esposa como a la compañera debe ser igual, en virtud de principios constitucionales, por lo que frente a este aspecto no se puede hacer distinción alguna. Que, para el caso de **BETTY LÓPEZ DE REYES**, las pruebas aportadas y recaudadas en el juicio, dan cuenta de la convivencia desde la fecha en que contrajeron matrimonio hasta la fecha de fallecimiento del causante. Respecto de **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** obran declaraciones extrajuicio que dan cuenta de su convivencia con el causante por lo menos desde año 1992 hasta al año 2013, documentos que no pueden ser desconocidos, sobre los cuales no se pidió la ratificación, motivo por el cual concluyó que ambas personas acreditan su condición de beneficiarias de la prestación pensional, la esposa por un espacio de 49 años y la compañera por un tiempo de 29 años aproximadamente, y por tanto aplicando el criterio de igualdad que se debe dar en este tipo de asuntos, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la convivencia de 5 años se puede acreditar en cualquier tiempo, por lo que dispuso reconocer la prestación de forma proporcional por la duración de convivencia.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que la sentencia de primera instancia fue adversa al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, en su calidad de administrador de pensiones de derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **BETTY LÓPEZ DE REYES** reiteró que su cliente cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, incluso en un 100%. Por su parte, el apoderado de **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. No hubo pronunciamiento de la demandada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** y **BETTY LÓPEZ DE REYES** acreditan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.).

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en que: *i)* el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** mediante Resolución No.00789 del 26 de agosto de 1992 le

reconoció pensión de jubilación de carácter especial a HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.), en cuantía inicial de \$193.935,93 a partir del 14 de febrero de 1992 (*pág. 60 a 60, archivo “02ExpedientePrincipalFolio167”*); **ii)** HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) falleció el 13 de febrero de 2019 (*pág. 16, archivo “02ExpedientePrincipalFolio167”*); **iii)** **BETTY LÓPEZ DE REYES** y HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el 05 de junio de 1970 (*pág. 17, archivo “001ExpedientedeOrigen2019-710”*); **iv)** las demandantes le solicitaron al FONDO DE PASIVO SOCIAL el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, entidad que a través de la Resolución 1723 del 24 de julio de 2019 suspendió el reconocimiento pensional al existir controversia entre beneficiarias (*pág. 19 a 15, archivo “001ExpedientedeOrigen2019-710”*).

- De la pensión de sobrevivientes.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el pensionado HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) falleció el 13 de febrero de 2019, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso, así como los hijos menores y mayores de 18 años y hasta los

25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso (SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras).

Sobre este último aspecto, resulta pertinente indicar que el inciso final del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece:

“(…) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente (…)”.

Para fijar el alcance de la precitada disposición, es indispensable acudir a la sentencia C-515 del 30 de octubre de 2019, donde la H. Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad de un aparte del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, consideró que en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, para que el cónyuge separado de hecho tenga la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe tener sociedad conyugal vigente. Sobre el particular la Corte consideró:

“(…) En tercer lugar la condición acusada de inconstitucional contenida en la norma bajo estudio es determinante para verificar la calidad de beneficiario respecto del causante, no solo desde la perspectiva del régimen pensional sino también en consideración a los efectos que produce la disolución de la sociedad conyugal. En este punto, el artículo 1781 del Código Civil establece que mientras que la comunidad de bienes subsista, y a falta de capitulaciones, el haber social se entiende conformado por los bienes establecidos en el mencionado artículo. La sociedad conyugal se integra por dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relativo. Los bienes del haber absoluto incluyen las “pensiones” (numeral 2° del artículo 1781), así como todos los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas (numeral 1° del mencionado artículo). Luego, cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para sustituir al causante respecto de su pensión o cesa la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, según corresponda. Por ello, no es posible que, en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta esté en el mismo plano jurídico y fáctico que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente (...).”

En los términos de la norma y jurisprudencia referidas, en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, el cónyuge separado de hecho, solo puede tener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando la sociedad conyugal se encuentra vigente.

CASO CONCRETO

Revisadas las pruebas aportadas al expediente y recaudadas en el juicio, no se encuentra en discusión que HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) fue pensionado por el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** mediante Resolución No.00789 del 26 de agosto de 1992, en cuantía

inicial de \$193.935,93 a partir del 14 de febrero de 1992 (*pág. 60 a 60, archivo "02ExpedientePrincipalFolio167"*) y que falleció el 13 de febrero de 2019 (*pág. 16, archivo "02ExpedientePrincipalFolio167"*) en vigencia de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, es decir, dejó causado el derecho a la sustitución pensional en favor de sus beneficiarios.

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar quiénes acreditan la calidad de beneficiarios de la referida prestación, así:

BETTY LÓPEZ DE REYES contrajo matrimonio por el rito católico con HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) el 05 de junio de 1970 (*pág. 17, archivo "001ExpedientedeOrigen2019-710"*), vínculo se encontraba vigente a la fecha del insuceso, sin liquidación de la sociedad de la sociedad conyugal, pues el registro no trae notas marginales que demuestren lo contrario, por lo que para acreditar la calidad de beneficiaria debía demostrar convivencia por un término de 5 años en cualquier tiempo con el pensionado.

BETTY LÓPEZ DE REYES en su interrogatorio indicó la fecha del matrimonio, que tuvo dos hijos con HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.), que siempre vivió con él, que cuando supo que había otra señora hubo disgusto, pero que HERNANDO nunca se fue de su casa, en las noches siempre estaba ahí; que cuando su esposo se enfermaba, ella lo cuidaba; que se enteró que tenía un hijo extramatrimonial; que HERNANDO no convivió con GLORIA, y si bien HERNANDO se ausentaba en el día, en la noche estaba en su casa (*min. 11:20, archivo "enlace archivo "17ActaSentencia"*).

Se recepcionó el testimonio de Hasbleidy Alexandra Rodríguez Barreto (*min. 19:04, archivo "enlace archivo "17ActaSentencia"*) quien dijo conocer a la pareja BETTY y HERNANDO porque fueron vecinos por muchos años en el conjunto El Cortijo en Fontibón, los conoció como esposos, tuvieron dos hijos, no sabe si se separaron y si HERNANDO tuvo otra pareja, pero que cada vez que los visitaba o se veían el causante estaba en su casa; la testigo dijo que vivió en El Cortijo hasta 1993, luego se trasladó a Modelia donde también la

pareja se pasó como en el año 2002, y que como se visitaban frecuentemente le consta que ellos vivieron hasta el deceso del pensionado.

Y se recaudó la declaración de Hernando Alberto Reyes López, (*min. 19:04, archivo “enlace archivo “17ActaSentencia”*), manifestó ser hijo de BETTY LÓPEZ y HERNANDO REYES, que sus padres siempre convivieron y si bien hubo un tiempo en que la pareja tuvo sus problemas, porque su papá se iba algunos días de la casa, recalcó que siempre vivieron como pareja, estuvieron el uno con el otro, apoyándose; que se enteró que su papá tenía un hijo extramatrimonial de nombre Daniel; que convivió en la casa con sus papás hasta que cumplió 25 años.

Con lo anteriores medios probatorios, para la Sala es claro que **BETTY LÓPEZ DE REYES** convivió con el causante desde el 05 de junio de 1970, fecha en que contrajeron matrimonio.

Sin embargo, para la Sala resultan contradictorias las afirmaciones contenidas en los escritos de demanda y contestación presentados por esta parte. En efecto, en la demanda con el radicado 11001310500420190071000, el apoderado judicial de **BETTY LÓPEZ** expresó que la convivencia ocurrió desde el 5 de junio de 1970 hasta la fecha de fallecimiento del esposo, 13 de febrero de 2019, en forma permanente y bajo el mismo techo. Posteriormente, en la reforma de la demanda, se expresó que **BETTY LÓPEZ DE REYES** y HERNANDO REYES CARDENAS se habían separado de hecho, sin haber disuelto el vínculo matrimonial y sin liquidar la sociedad conyugal, que HERNANDO REYES CARDENAS y **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** convivieron durante 10 años, desde 1990 hasta el año 2000 en forma ininterrumpida, pero que a partir de agosto de 2000 HERNANDO REYES CARDENAS retornó nuevamente al hogar conformado con **BETTY LÓPEZ DE REYES**, hasta el momento de su fallecimiento, en forma continua, y que **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** para el momento del fallecimiento de HERNANDO REYES CARDENAS, hacia vida marital bajo el mismo techo con el causante, al igual que éste con

su esposa **BETTY LÓPEZ DE REYES** (pág. 93 a 94, archivo “001ExpedientedeOrigen2019-710”).

Y posteriormente, al contestar la demanda presentada por **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER**, el apoderado de **BETTY LÓPEZ DE REYES** nuevamente retoma la teoría de una convivencia permanente, continua y sin interrupciones, negando cualquier convivencia entre el causante y quien aduce tener la calidad de compañera permanente (pág. 2 a 13, archivo “06ContestacionDemandaBettyLopez”).

Por tanto, se advierte que no hay medios de persuasión suficientes que demuestren que la convivencia entre **BETTY LÓPEZ DE REYES** y HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.) ocurrió de forma ininterrumpida entre la fecha de la celebración del matrimonio y la fecha de la muerte del pensionado, pues las confesiones realizadas por los apoderados judiciales de dicha parte impiden que se pueda tener por superado este supuesto. Pese a ello, lo cierto es que el tiempo de convivencia entre los esposos superó con creces el requisito de 5 años en cualquier tiempo, como lo exige la doctrina, siendo suficiente para constatar este aspecto remitirse a las declaraciones rendidas por Hasbleidy Alexandra Rodríguez Barreto y Hernando Alberto Reyes López.

En este escenario, **BETTY LÓPEZ DE REYES** acreditó su calidad de miembro del grupo familiar del causante y el tiempo mínimo de convivencia, por lo que reúne los requisitos para beneficiarse de la prestación pensional que se reclama, razón suficiente para confirmar la sentencia consultada en este aspecto.

Ahora, los testigos decretados a favor de **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** no comparecieron a la audiencia celebrada el 18 de enero de 2023, no siendo posible conocer las particularidades de la relación que dice haber tenido GLORIA con el causante, en especial durante los últimos 5 años de vida del pensionado.

Y si se analiza la documental aportada por dicha parte en su escrito de demanda, en especial las declaraciones extrajuicio ante notaría, se tiene lo siguiente:

- a. María Elena Mojica Rosas declaró conocer a **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER y HERNANDO REYES CARDENAS** (q.e.p.d.) dado que vivieron en un apartamento de su propiedad, ubicado en el Barrio Nueva Primavera, desde el 2006 al 2013, donde compartieron techo y lecho (pág. 19, archivo “02ExpedientePrincipalFolio167”).
- b. Ana Vitencia Rubio De Lizarazo declaró conocer a **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER y HERNANDO REYES CARDENAS** (q.e.p.d.) dado que eran sus arrendatarios de un apartamento ubicado en el Barrio Catalina de la Localidad de Kennedy, desde 1993 a 1996, donde vivieron juntos, como esposos, compartiendo techo y lecho, como una familia normal (pág. 21, archivo “02ExpedientePrincipalFolio167”).
- c. Elda María Zarate Triana declaró conocer a **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER y HERNANDO REYES CARDENAS** (q.e.p.d.) dado que eran sus arrendatarios de un apartamento ubicado en el Barrio Santa Rosita, desde 1996 a 2003, donde vivieron juntos, como esposos, compartiendo techo y lecho, tenían un hogar establecido (pág. 22, archivo “02ExpedientePrincipalFolio167”).

De estas declaraciones son indicativas que entre **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER y HERNANDO REYES CARDENAS** (q.e.p.d.) existió una convivencia por lo menos desde 1993 a 2013, pero no dan elemento demostrativo alguno sobre la relación que hubo durante los últimos 5 años de vida del causante.

Adicionalmente, en el expediente administrativo, allegado por la entidad demandada, reposan dos declaraciones realizadas por Diva María Flórez de Salamanca y Luis Alonso Salazar, que mencionan una convivencia exclusiva y permanente entre **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** y el causante, desde el 1980 hasta su fallecimiento. No

obstante, estas manifestaciones no pueden ser tenidas en cuenta para fines judiciales puesto que no cumplen las exigencias del artículo 188 del CGP, esto es, no se realizaron como prueba anticipada ante el juez competente, tampoco fueron rendidas ante notario o ante la autoridad local. En todo caso, estos escritos relatan la exclusividad de la convivencia, aspecto que se desvirtúa con lo señalado por los testimonios recaudados en el presente juicio, lo que implicaba que **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** adelantara la actividad probatoria correspondiente para probar los presupuestos de su condición, situación que no se presentó en el plenario.

Pues bien, ante esa realidad para la Sala **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** no cumple el requisito normativo para acceder a la prestación pensional. Por ello, no son de recibo los argumentos expuestos por el *a quo* para aplicar un criterio equitativo y de igualdad en la exigencia de tiempo de convivencia para cónyuges y compañeras permanentes puesto que, en primer lugar, desconoce el imperativo normativo contenido en el artículo el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que limita el cumplimiento del requisito a, por lo menos, los cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.

Segundo, desconoce el precedente que ha establecido la Corte Constitucional según el cual en cualquiera de las hipótesis que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes la exigencia de la convivencia real y efectiva al momento de fallecimiento del afiliado o pensionado (CC SU428-2016 y SU149-2021). Y, en tercer lugar, desconoce el precedente judicial emanado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien, de forma pacífica, ha precisado que esos 5 años de convivencia, para el caso de esposas con sociedad conyugal vigente, los pueden cumplir en cualquier tiempo, pudiendo o no corresponder a los últimos 5 años de vida del pensionado fallecido, pero no ha establecido el mismo criterio para las compañeras permanentes.

En efecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria se ha decantado por señalar que el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el pensionado, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL41637-2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, SL SL2015-2021, entre otras).

Frente al desconocimiento del precedente, la Corte Constitucional ha precisado que este se presenta cuando se desconoce la posición consolidada que, sobre una misma materia, ha fijado el respectivo órgano de cierre. Sin embargo, que esta regla no es absoluta por lo que es posible apartarse válidamente de dicho precedente, siempre y cuando el juez cumpla con la carga de transparencia y argumentación. (CC SU113/18).

En todo caso, la misma Corporación ha insistido que para que se cumplan esos presupuestos el operador jurídico debe asumir exigentes cargas argumentativas:

"...Primero, tiene la carga de identificar las decisiones previas que podrían ser relevantes para la definición del caso objeto de estudio (transparencia); segundo, si pretende establecer una distinción entre el caso previo y el actual debe identificar las diferencias y similitudes jurídicamente relevantes entre ambos casos y explicar por qué unas pesan más que otras, tal como lo exige el principio de igualdad siempre que se pretenda dar un trato diferente a dos situaciones, en principio, semejantes. Finalmente, el juez debe exponer las razones por las cuales la nueva orientación no solo es "mejor" que la decisión anterior, desde algún punto de vista interpretativo, sino explicar de qué manera

esa propuesta normativa justifica una intervención negativa en los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, de la parte que esperaba una decisión ajustada a las decisiones previas (suficiencia)..." CC SU380-2021.

Sobre este tópico, también se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien ha señalado que si bien el juez puede apartarse del precedente, para ello debe efectuar una argumentación suficiente de las razones de su disenso, en la medida en que el respeto al precedente es un deber de todas las autoridades judiciales, dada su fuerza persuasiva, casi vinculante y su relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad, en tanto es garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes (CSJ STL3199-2020 y STL10015-2021, entre otras)

En el presente asunto, no se cumplieron los presupuestos mínimos para apartarse del precedente reiterado de la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la exigencia de los 5 años en cualquier tiempo aplica únicamente para las consortes con sociedad conyugal vigente, y no para los compañeros permanentes. De un lado, frente al requisito de transparencia, en la sentencia no se indicó ni se identificó la existencia de dicho precedente, y respecto del requisito de suficiencia, no se expusieron los argumentos amplios y las razones válidas de por qué en este caso debía definirse con una interpretación diferente a la establecida por las altas cortes.

Lo anterior, para reiterar que **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER** no reúne los requisitos mínimos para ser beneficiaria del derecho pensional reclamado, motivo por el cual se revocará su reconocimiento y se absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones por ella invocadas.

La anterior decisión absolutoria conlleva a modificar la sentencia de primera por cuanto el 100% de la pensión de sobrevivientes se causa a favor de **BETTY LÓPEZ DE REYES**, a partir del 13 de febrero de 2019, mesadas pensionales que deberán indexarse

desde la causación de cada una de ellas hasta la inclusión en nómina de la prestación pensional que se reconoce. En este caso, no proceden los intereses moratorios dado que la suspensión del reconocimiento pensional decretado por la demandada no resulta caprichosa y se encuentra acorde con los postulados del artículo 6° de la Ley 1204 de 2008.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se tiene que **BETTY LÓPEZ DE REYES** presentó reclamación administrativa que fue resuelta según Resolución No.1723 del 24 de julio de 2019 y la demanda fue radicada el 19 de septiembre de 2019 (*pág. 39, archivo "001ExpedientedeOrigen2019-710"*), por lo cual las mesadas pensionales causadas no se encuentran afectadas por este fenómeno, por lo que se confirmará la sentencia en dicho aspecto.

Por otra parte, se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a la accionada para que del retroactivo adeudado descuente el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se remitirá copia

de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que **BETTY LÓPEZ DE REYES** en su calidad de cónyuge supérstite de HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.), tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en un 100% de la mesada pensional que venía devengando el causante, a partir del 13 de febrero de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los ordinales **SEGUNDO** y **CUARTO** de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por **GLORIA MARLEN ANGEL SOLER**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal **TERCERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** debe pagar el 100% de la pensión a favor de **BETTY LÓPEZ DE REYES**, en su calidad de cónyuge supérstite de HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: MODIFICAR el ordinal **QUINTO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que el retroactivo pensional, debidamente indexado, le corresponde en un 100% a **BETTY LÓPEZ DE REYES**, en su calidad de cónyuge supérstite de

HERNANDO REYES CARDENAS (q.e.p.d.). Se autoriza al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** para que del retroactivo pensional descuente el porcentaje por aportes a salud a cargo de la beneficiaria, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 29-2022-00170-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 23 de marzo de 2023, que reliquidó la pensión de vejez y condenó al pago de retroactivo pensional, intereses moratorios, declaró no probada la excepción de prescripción, autorizó descuentos por aportes de salud e impuso costas a la **DEMANDADA** (22:29 archivo “13ActaAudienciaArt.70y80C.P.T. Y S.S.”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 10 archivo “01Demanda”).**

LUÍS ENRIQUE COTE CORRAL solicitó reliquidar su pensión de vejez y pagar retroactivo pensional, intereses moratorios, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 20 de octubre de 1950 y laboró en el sector privado y público, cotizando más de 1800 semanas a pensión. Aseguró que la sentencia del 13 de febrero declaró ineficaz su traslado al RAIS y **COLPENSIONES** le reconoció su pensión de vejez con la Resolución SUB 226254 del 15 de septiembre de 2021,

a partir del 25 de mayo de 2018, aplicando una tasa de reemplazo errónea del 84% cuanto en realidad correspondía al 90% en atención a la densidad de semanas cotizadas, por tanto, el 22 de diciembre de 2021 reclamó la reliquidación, solicitud que negó la entidad.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 2 a 14 archivo “07ContestacionColpensiones”).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó todos los hechos de la demanda salvo que la tasa de reemplazo sea errónea. Indicó que determinó la tasa de reemplazo según la normatividad aplicable, en un 84%, conforme el Decreto 758 de 1990, normatividad que impide sumar tiempos públicos y privados, sin que haya mérito para acceder a las pretensiones. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, intereses moratorios y costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (22:29 archivo “13ActaAudienciaArt.70y80C.P.T. Y S.S.”).

El 23 de marzo de 2023, el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, representada legalmente por gerente o quien haga sus veces, a reliquidar la pensión otorgada al señor LUIS ENRIQUE COTE CORRAL en los siguientes valores: para el año 2018 la suma de \$7.667.338,50, para el año 2019 en \$7.911.159,86, para el año 2020 \$8.211.783,94, para el año 2021 \$8.343.993,66, para el año 2022 \$8.812.926,1 y para el año 2023 en la suma de \$9.969.182,01. SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, respecto de la reliquidación de las mesadas causadas. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a cancelar al DEMANDANTE el retroactivo causado por la diferencia entre los valores pagados mediante la Resolución No. SUB-226254 del 15 de septiembre de 2021 y la reliquidación ordenada en esta sentencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a cancelar los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, respecto del retroactivo causado en virtud a la reliquidación ordenada, el cual se liquidará a partir del 22 de abril de

*2022 y hasta la fecha en que sea cancelado dicho retroactivo-. **QUINTO: AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a efectuar los descuentos para salud. **SEXTO: CONDENAR** a la DEMANDADA en costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000-. **SÉPTIMO:** De no ser apelada la presente sentencia CONSULTARSE con el honorable Tribunal Superior de Bogotá, esto en favor de COLPENSIONES. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si hay derecho a la reliquidación de la pensión de vejez considerando tiempos públicos y privados y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver consideró que no hay controversia de estado de pensionado del **DEMANDANTE**, IBL y que le aplica el Decreto 758 de 1990, siendo la única controversia la tasa de reemplazo, advirtiendo que si bien la H. CSJ y el Juzgado inicialmente no acogieron la postura de la H. Corte Constitucional de sumar tiempos públicos y privados para completar la densidad de semanas exigida para causar la pensión en el Decreto 758 de 1990, a partir de la sentencia SL1981-2020 la H. CSJ reconoce la posibilidad de dicha sumatoria no solo para causar la pensión sino también para su reliquidación, posición que acogió el Juzgado y al sumar obtuvo 1847,14 semanas, por tanto, aplicó una tasa de reemplazo del 90% y obtuvo como valor de la primera mesada \$7.667.338,5, por lo cual ordenó la reliquidación, pago de retroactivo desde la causación del derecho e intereses moratorios, por cuanto la H. CSJ admite que proceden en caso de reliquidación pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que el 22 de diciembre de 2021, se presentó la reclamación administrativa, pero se condenó a la reliquidación desde el 25 de mayo de 2018, pasando por alto el término trienal respectivo, de otra parte, no proceden los intereses moratorios porque nunca hubo omisión en el pago de las mesadas, las cuales fueron canceladas oportunamente y conforme derecho, por lo cual no procede ninguna condena (25:11 archivo “13ActaAudienciaArt.70y80C.P.T. Y S.S.”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 1.037.639.320 y TP 288.820 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia de reliquidar la pensión de vejez del **DEMANDANTE** reconocida conforme el Acuerdo 049 de 1990, al sumar tiempos públicos y privados, para establecer la viabilidad de las demás pretensiones, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de: *i)* el demandante **LUÍS ENRIQUE COTE CORRAL** nació el 20 de octubre de 1950 (Pág.

47 archivo “01Demanda”); **ii)** el **DEMANDANTE** registra 1.170,43 semanas cotizadas en la historia laboral de **COLPENSIONES** (archivo “08HistoriaLaboralColpensionesCC13235677”); **iii)** conforme CETIL del 28 de julio de 2021, certificado por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, el **DEMANDANTE** laboró del 1º de febrero de 1972 al 31 de marzo de 1985, con solo 01 día de interrupción, periodo cotizado a la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN CAJANAL (Pág. 87 a 94 archivo “01Demanda”); **iv)** con Resolución 2021-5987277, **COLPENSIONES** reconoció pensión de vejez al **DEMANDANTE**, a partir del 25 de mayo de 2018, en cuantía inicial de \$7.156.183, equivalentes al 84% del IBL de \$8.519.265, en atención a 1.166 semanas cotizadas, conforme el Decreto 758 de 1990 aplicable en virtud del régimen de transición a favor del **DEMANDANTE** (Pág. 637 a 643, 696 a 697 archivo “09ExpedeinteAdministrativoColpensionesCC13235677”); **v)** el **DEMANDANTE** reclamó a la **DEMANDADA**, el día 22 de diciembre de 2021 mediante radicado 2021_15293741, la reliquidación de la pensión de vejez considerando tiempos públicos y privados y mediante Resolución 2021_15293741 (Pág. 651 a 658, 698 a 699 archivo “09ExpedeinteAdministrativoColpensionesCC13235677”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* reliquidó la pensión de vejez y condenó al pago de retroactivo pensional, intereses moratorios, declaró no probada la excepción de prescripción, autorizó descuentos por aportes de salud e impuso costas a la **DEMANDADA**. Contra la anterior decisión la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Acumulación de tiempos cotizados al ISS/Colpensiones y periodos laborados a entidades públicas en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990.**

La H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-769 de 2014, indicó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen

de transición pensional a fin de proteger las expectativas legítimas de adquirir la pensión de vejez en los términos señalados en los regímenes pensionales derogados por dicha Ley, entre los que estuvo el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de 1990, el cual exigía 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores a la edad mínima o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

En la precitada providencia, la H. Corte Constitucional indicó que ciertos afiliados reclamaron que se considerara el tiempo laborado a entidades públicas para cumplir la densidad de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, lo cual rechazó el extinto ISS alegando que dicho Acuerdo reguló las prestaciones a cargo del Instituto sin contemplar la acumulación de semanas cotizadas a otras entidades, posición que rechazó la Alta Corte, al considerar que el Acuerdo nunca estableció que las semanas debían ser cotizadas exclusivamente en el ISS y además el régimen de transición no cobijó las reglas de cómputo de semanas, asunto que regula con la Ley actual, a saber, el literal f) del artículo 13 y el literal b) del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, normas que permiten acumular tiempos públicos y privados, siendo esta última posición menos restrictiva al derecho fundamental de la seguridad social y aplica aún en tratándose de tiempos laborados para entidades públicas sin cotización.

Por su parte, la H. CSJ modificó su posición jurisprudencial en la sentencia SL1947-2020, aceptando la posibilidad de acumular tiempos públicos en el régimen del Acuerdo 049 de 1990 bajo el entendido de que dicha norma no excluyó dicha posibilidad, así mismo, el régimen de transición protege las expectativas legítimas en cuanto los requisitos de edad, tiempo y monto conforme los regímenes anteriores, mientras todas las demás condiciones fueron reguladas por la Ley 100 de 1993, por tanto, la forma para computar semanas es la señalada en el literal f) del artículo 13, el párrafo 1° del artículo 33 y el Párrafo del artículo 36 de la precitada Ley, la cual contempla expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hayan sido cotizados.

En la sentencia SL1981-2020 la H. CSJ reiteró que la Ley 100 de 1993 otorgó efectos a todos los tiempos laborados, sin distinción de si el empleador es privado o público, la entidad de previsión a la que se pagaron aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados, por tanto, al ser las pensiones reconocidas con régimen de transición parte del actual Sistema General de Pensiones, les aplican las normas de sumatoria de tiempos públicos y privados.

La precitada posición ha sido reiterada en las sentencias SL3484-2022, SL387 de 2023, SL452-2023, SL454-2023, entre otras.

- **CASO CONCRETO.**

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte esta Sala que no fue objeto del litigio la condición de pensionado del **DEMANDANTE**, su derecho a beneficiarse del régimen de transición bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, el monto del IBL ni la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez por parte de **COLPENSIONES**, aspectos que fueron todos aceptados en la contestación de la demanda.

Así las cosas, el único punto de litigio es la posibilidad del afiliado de acumular tiempos públicos y privados, en el régimen del Decreto 758 de 1990, para mejorar la tasa de reemplazo de su pensión de vejez reconocida bajo el régimen de transición.

Conforme los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos, no hay duda que en efecto el **DEMANDANTE** tiene derecho a que se contabilicen los tiempos públicos y privados, para efectos pensionales, conforme la posición adoptada tanto por la H. Corte Constitucional como por la H. Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, la Sala no comparte la posición defensiva de **COLPENSIONES**, en razón a que todas las pensiones reconocidas bajo el amparo de la Ley 100 de 1993, esto es, bajo el actual Sistema General de Pensiones, incluyendo aquellas prestaciones otorgadas en virtud del régimen de transición, son beneficiarias del actual modo de

cómputo de semanas cotizadas, el cual no distingue entre empleadores privados y públicos, ni entre tiempos públicos cotizados y tiempos efectivamente laborados sin cotización, conforme el literal f) del artículo 13, el Parágrafo 1° del artículo 33 y el Parágrafo del artículo 36 de la precitada Ley.

En efecto, el régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo abarca el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, la tasa de reemplazo y la edad para acceder a la pensión de vejez, sin que los demás aspectos sean regulados por los regímenes pensionales anteriores, sino por las normas del Sistema General de Pensiones, entre ellos, la acumulación de semanas.

Por las anteriores consideraciones, procede la Sala a verificar la situación particular del **DEMANDANTE**, llamando la atención de que todos los tiempos públicos son anteriores al 31 de marzo de 1985 (Pág. 87 a 94 archivo “01Demanda”), sin que exista manifestación o elemento de prueba alguno para inferir que con posterioridad a dicha fecha el señor **LUÍS ENRIQUE COTE CORRAL** haya laborado en el sector público.

La anterior circunstancia es relevante, por cuanto la Resolución 2021-5987277 que reconoció la pensión de vejez al **DEMANDANTE**, determinó el IBL con base en los últimos 10 años cotizados, fijándolo en la suma de \$8.519.265, sin que la parte actora haya reclamado como parte del litigio la revisión de dicho IBL conforme todos los tiempos laborados y, en todo caso, es razonable inferir que dicha cifra es superior calculada con los últimos 10 años, habida cuenta el incremento del IBC en dicho periodo.

Así las cosas, considerando que la tasa de reemplazo esta cobijada por el régimen de transición, de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, el porcentaje de pensión sobre el salario corresponde al 90% cuando se coticen 1.250 semanas o más.

Revisada Resolución 2021-5987277 (Pág. 637 a 643 archivo “09ExpedeinteAdministrativoColpensionesCC13235677”), se advierte que el número de semanas cotizadas al ISS y luego a **COLPENSIONES** ascendió a 1.166, por tanto, restaban con acreditar 84 semanas para acceder a la tasa de reemplazo del 90%; sin embargo, deberá tenerse en cuenta los tiempos de servicios acreditados por el **DEMANDANTE** a través de CETIL del 28 de julio de 2021, expedido por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, según el cual el DEMANDANTE laboró del 1º de febrero de 1972 al 31 de marzo de 1985, con solo 01 día de interrupción, periodo cotizado a la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN CAJANAL y que equivale a 4.806 días o 686 semanas (Pág. 87 a 94 archivo “01Demanda”), para un total de 1.852 semanas.

Los anteriores elementos de prueba permiten concluir que en efecto el **DEMANDANTE** acumuló mucho más de las 1250 semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990 para obtener una tasa de reemplazo del 90%, pese lo cual **COLPENSIONES** liquidó su pensión de vejez aplicando una tasa del 84%, por lo cual hay mérito para confirmar la condena a la reliquidación pensional.

Efectuados los cálculos correspondientes, el valor de la primera mesada asciende a \$7.667.338,50, tal y como declaró la *a quo* en la sentencia de primera instancia:

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN (IBL)	\$ 8.519.265
PORCENTAJE APLICADO	90%
PRIMERA MESADA	\$ 7.667.338,5

En lo que respecta a los incrementos pensionales, conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se aplicó el IPC anual certificado por el DANE, obteniendo el mismo valor de mesada que el declarado en la sentencia bajo estudio:

Año	IPC	Valor mesada
2018	3,18%	\$ 7.667.338,50
2019	3,80%	\$ 7.911.159,86
2020	1,61%	\$ 8.211.783,94
2021	5,62%	\$ 8.343.993,66
2022	13,12%	\$ 8.812.926,10
2023		\$ 9.969.182,01

En lo que respecta a la excepción de prescripción, revisado el expediente pensional se advierte que al **DEMANDANTE** se le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución 2021_5987277, en la cual **COLPENSIONES** reconoció el derecho a partir de la última cotización efectuada en marzo de 2013, pero aplicó la prescripción de las mesadas anteriores al 25 de mayo de 2018 (Pág. 637 a 643 archivo “09ExpedeinteAdministrativoColpensionesCC13235677”).

Así las cosas, independientemente de la validez de la decisión de **COLPENSIONES** de declarar la prescripción contra un afiliado que pudo reclamar la pensión de vejez en el RPM solo hasta que en 2020 se profirió sentencia judicial se declaró la ineficacia del traslado al RAIS, asunto que no es objeto del litigio bajo estudio, este Tribunal no puede desconocer que fue a través de la Resolución 2021_5987277 que el **DEMANDANTE** conoció la decisión de la entidad de considerar solamente los tiempos privados para liquidar su pensión, tras lo cual esperó hasta el 22 de diciembre de 2021 para solicitar la reliquidación de la prestación incluyendo tiempos públicos.

En consecuencia, solo hasta la reclamación del 22 de diciembre de 2021 se interrumpió el término trienal de prescripción, conforme el artículo 489 CST y 151 CPTSS, por tanto, las diferencias anteriores a los 03 años que precedieron la reclamación están prescritas, a saber, las causadas antes del 22 de diciembre de 2018, por lo cual se modificará el fallo de primera instancia.

Finalmente, respecto la inconformidad por la imposición de intereses moratorios, la H. CSJ de forma reiterativa ha indicado que en el caso de la reliquidación de las pensiones del Decreto 758 de 1990 por la sumatoria de tiempos públicos y privados no proceden los mismos, habida cuenta que dicha reliquidación deriva del cambio de posición jurisprudencial de la Alta Corte, situación que exonera el pago de tales intereses, tal y como ha sido señalado en las sentencias SL3801-2021, SL3870-2021, SL387-2023, SL452-2023, SL454-2023,

entre otras, posición que acoge esta Sala, por lo cual se revocará dicha condena.

Al revocarse la condena a los intereses moratorios, se ordenará el pago indexado de las diferencias pensionales causadas a favor del **DEMANDANTE**, para lo cual se tomará como IPC inicial el del mes de la mesada y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción de las diferencias pensionales anteriores al 22 de diciembre de 2018, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la indexación de las diferencias pensionales causadas a favor del **DEMANDANTE**, para lo cual se tomará como IPC inicial el del mes de la mesada y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.33-2021-00524-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 22 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado y de la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, la afiliación válida al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, ordenó a **COLFONDOS** a trasladar a **COLPENSIONES** el valor de todos los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, bonos pensionales, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, a **COLPENSIONES** a recibir las sumas trasladadas, a reactivar la afiliación e integrar la historia laboral, y condenó en costas a las demandadas (*min. 46:37, archivo “14AudienciaSentencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada a **COLFONDOS**, y, en consecuencia, se ordene a **COLPENSIONES** a recibirla y afiliarla de nuevo en el RPM sin solución de continuidad, y a la **AFP** a trasladar la totalidad todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 15 de julio de 1967, y cotizó al ISS desde el 1° de febrero de 1988 hasta el 1° de mayo de 1994; que **COLFONDOS** la persuadió a través de engaños para que se vinculara a dicho régimen pensional, bajo el argumento de que en ese fondo obtendría una mesada superior y que el ISS se iba a acabar, lo que suponía un enorme riesgo para su pensión, sin que le fuera suministrada información adicional; y que el 28 de junio de 2021 **COLFONDOS** le realizó una simulación donde su mesada pensional ascendería a \$1.028.327. Manifestó que el 11 de agosto de 2021 y 30 de septiembre de 2021 radicó ante **COLPENSIONES** solicitud de traslado de régimen pensional, petición que fue negada porque se encontraba a 10 o menos años del requisito de tiempo para pensionarse (*pág. 3 a 13, archivo “02Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación de la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago; y la innominada o genérica (*pág. 4 a 20, archivo “05ContestaciónColfondos”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad de la demandante, su afiliación en el RPM, y la radicación de las solicitudes y sus respuestas. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de la causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 2 a 38, archivo “07ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 46:37, archivo “14AudienciaSentencia”)

El 22 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada a la señora MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.943.064, afiliada el 29 de abril de 1994 a COLFONDOS. **SEGUNDO: DECLARAR** que MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA, realmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS, fondo actual de la demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA, a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA, al RPM e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante. **QUINTO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a transferir a Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía 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 justifique. **SEXTO: CONMINAR** a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior. **SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte

*considerativa de esta providencia. **OCTAVO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES. A cargo de COLFONDOS tres (3) SMLMV y a cargo de COLPENSIONES un (1) SMLMV en favor de la demandante...”*

Como sustento de su decisión el Juez expresó que, conforme con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, de las pruebas aportadas y recaudadas en juicio no se puede deducir el consentimiento informado y el tipo de datos suministrados a la demandante al momento del traslado de régimen pensional, carga probatoria que tenía el fondo de pensiones del régimen privado, por lo que al no hacerlo en debida forma debe soportar las consecuencias de su actuar, esto es, la ineficacia del traslado y la devolución de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración y seguros previsionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que la declaratoria de ineficacia del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de **COLPENSIONES** y si bien existe un criterio jurisprudencial, cada caso debe analizarse en concreto y no se puede exonerar a la demandante del deber de informarse para realizar el cambio de régimen pensional, dado que de su elección dependía su futuro pensional, y no hizo uso de las figuras del retracto o de la rescisión; que se debe tener en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional C-242 de 2009 sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional y que el interés general debe prevalecer sobre el particular; y finalmente que no es viable la condena en costas por cuanto la entidad no intervino en el traslado de régimen pensional y sus actuaciones han sido todas con fundamento legal (*min. 49:26, archivo “14AudienciaSentencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** reiteró los argumentos elevados en la alzada.

No hubo intervención de las demás partes.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la condena en costas a **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA** nació el 18 de mayo de 1967 y se afilió al RPM a partir de febrero de 1988 (*pág. 14 y 19, archivo “02Demanda”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A.** el 29 de abril de 1994, con efectividad a partir del 1° de mayo siguiente, donde permanece actualmente (*pág. 96 y 98, archivo “05ContestacionColfondos”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL

2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para

la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **COLFONDOS** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le informaron que el ISS se iba a acabar y que trasladarse al fondo privado era una buena opción, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia se confirmará la sentencia en este aspecto.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se modificará el alcance de la condena.

Por otra parte, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del Sistema General de Pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Además, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo

propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y frente a la inconformidad de la apoderada de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “**PRIMERO:** PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA a COLFONDOS”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

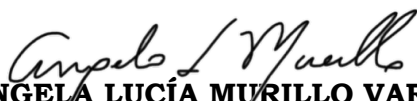
RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2021 00524 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 34-2018-00282-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ** contra la sentencia del 15 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (*min. 31:24, archivo "16. Grabación Audiencia (FL. 211)"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se declare que tiene derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes que dejó causada **ALVARO DE CASTRO AGUDELO** desde el 11 de abril de 2017, en calidad de compañera permanente; solicita se reconozca y pague el retroactivo pensional, intereses moratorios o indexación, costas procesales y condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que el 11 de abril de 2017, falleció ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.), quien era pensionado del ISS según Resolución 5535 de 1992; que el 04 de diciembre de 2017, le reclamó a COLPENSIONES la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, entidad que mediante Resolución SUB36968 del 08 de febrero de 2018 le negó la prestación; que COLPENSIONES en Resolución SUB180023 del 30 de agosto de 2017 ya había reconocido la pensión de sobrevivientes a INES HINOJOSA DE CASTRO y EVELIA CECILIA PAYARES PACINI, en calidad de cónyuge y compañera permanente, en un 58% y 42% respectivamente; que convivió con ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) por espacio de 39 años, procrearon dos hijos de nombre Nathalie y Alvaro de Castro Serrano, reconocidos por el causante, y con quienes la pareja compartían el tiempo libre y a quienes ayudó económicamente hasta su fallecimiento.

Expresó que en declaración extrajuicio, el 04 de mayo de 2011, ALVARO DE CASTRO AGUDELO manifestó que convivía con ella en unión marital de hecho, declaración reiterada el 1º de marzo de 2012, documentos que fueron radicados en el ISS a fin de indicar la información de los beneficiarios; que no hubo convivencia simultanea entre el causante, ella y EVELIA CECILIA PAYARES PACINI, pues ALVARO siempre vivió con ella y sus hijos en Valledupar; y que desde diciembre de 1978 comenzó la comunidad de vida, con auxilio mutuo y colaboración, compartiendo techo, lecho y mesa y siempre dependió económicamente del causante (*pág. 85 a 111, archivo "01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)"*).

Mediante providencia del 17 de septiembre de 2018, se admitió la demanda y en ella se ordenó integrar al proceso a INES HINOJOSA DE CASTRO y EVELIA CECILIA PAYARES PACINI (*pág. 115 a 119, archivo "01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)"*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la calidad de

pensionado de ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.), la fecha de fallecimiento, la petición presentada por la demandante, el reconocimiento como beneficiarias de INES HINOJOSA DE CASTRO y EVELIA CECILIA PAYARES PACINI y la expedición de los actos administrativos. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como excepciones *inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes/sustitución pensional*, *inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación*, *cobro de lo no debido*, *buena fe*, *prescripción* y la *innominada o genérica* (pág. 143 a 175, archivo “01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)”).

Mediante providencia del 23 de noviembre de 2021, se ordenó el emplazamiento y nombramiento de curador *ad-litem* de las litisconsortes INES HINOJOSA DE CASTRO y EVELIA CECILIA PAYARES PACINI (archivo “03. AutoDesignaCurador (fls. 139 y 140)”). La curadora *ad-litem* al contestar la demanda no se opuso a las pretensiones, siempre y cuando la demandante acredite la calidad de beneficiaria. Expresó que los hechos no le constaban y formuló la excepción de *inexistencia del derecho* (archivo “06. ContestaciónDemanda (fls.149-152)”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 31:24, archivo “16. GrabaciónAudiencia (FL. 211)”).

El 15 de septiembre de 2022, el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ. **SEGUNDO:** Sin lugar a imponer condena en costas de la instancia. **TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, envíese ante el Superior en grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante., por resultar la sentencia adversa a sus aspiraciones (...).

Como fundamento de su decisión la Juez indicó que el causante falleció el 11 de abril de 2017 y ostentaba la calidad de pensionado por el ISS con Resolución 5535 de 1992. Señaló que las declaraciones de Nicida Mercedes Olivella Guzmán y Eduvilia Esther Oñate Socarras generan más dudas y certezas frente a la convivencia y las condiciones en las que se consolidó la pareja conformada por el causante y la demandante, pues si bien existieron algunas coincidencias como el hecho de que tuvieron dos hijos, no se acreditó que se hubiera prestado un auxilio mutuo de manera ininterrumpida o que la relación hubiere sido constante en cuanto a la convivencia y a compartir techo, lecho y mesa, además que con el informe técnico investigativo realizado por COLPENSIONES con radicación 201712853399, cuyos aportes quedaron consignados en la Resolución SUB36968 del 8 de febrero de 2018, se estableció la insuficiencia de prueba que confirme la convivencia efectiva entre ALVARO DE CASTRO y MILDRED DE JESUS SERRANO hasta el momento del fallecimiento del causante, puesto que éste ya sostenía una relación de convivencia simultánea con EVELIA CECILIA PAYARES e INES HINOJOSA, hasta el 11 de abril de 2017.

Precisó que al momento del fallecimiento del causante la demandante había mudado su residencia a la ciudad de Bogotá, por lo menos de manera temporal, para atender los cuidados de sus hijos, circunstancia que no permite inferir de manera concluyente que hubiese convivido con el causante de forma permanente y consecutiva durante los últimos 5 años de vida del pensionado, por lo que dedujo que no se demostraron los presupuestos para el reconocimiento pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Como sustento de la alzada manifestó que su cliente si demostró la condición de beneficiaria de la prestación que se reclama, pues tanto ella como los testigos fueron enfáticos en expresar

la existencia de una relación de convivencia que desde sus inicios no se interrumpió hasta el fallecimiento del causante, por lo que están debidamente acreditados los 5 años de convivencia previo al fallecimiento del mismo; y si bien la convivencia tuvo algunas interrupciones, ello se debe al mismo contexto en que se dio la convivencia pues fue simultánea, lo que hacía imposible una convivencia singular y permanente entre la demandante y el causante, que los vínculos de acompañamiento, solidaridad y apoyo mutuo los reconoció el causante cuando declaró bajo la gravedad de juramento que era su voluntad que una vez falleciera la pensión fuera reconocida proporcionalmente a la demandante;.

Expresó que se apoya en lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1706 de 2021, por lo que considera que el juzgado debió valorar la pruebas en su conjunto de acuerdo con el contexto de relación de pareja, tales como fotos, declaraciones rendidas y testimonios. Por último, precisó que no tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas que COLPENSIONES utilizó como fundamento para reconocer la prestación a favor de las litisconsortes (*min. 32:08, archivo "16. Grabación Audiencia (FL. 211)"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando la confirmación del fallo impugnado. Las demás partes no presentaron escrito de intervención en esta etapa.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ** acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.).

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el ISS mediante Resolución No.5535 del 10 de agosto de 1992, le reconoció pensión de vejez a ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) en cuantía inicial de \$465.770 a partir del 30 de julio de 1992 (*archivo "00090089000000001785910003501A", subcarpeta "01.3 AnexoCD folio 87"*); **ii)** ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) falleció el 11 de abril de 2017 (*pág. 11, archivo "01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)"*); **iii)** **COLPENSIONES** en Resolución SUB100675 del 15 de junio de 2017 reconoció pensión de sobrevivientes a favor de INES HINOJOSA DE CASTRO, como cónyuge del causante, y en Resolución SUB180023 de 30 de agosto de 2017, reconoció la calidad de compañera permanente de EVELIA CECILIA PAYARES PACINI, ordenando distribuir la prestación en un 58% y 42%, respectivamente (*pág. 23 a 37, archivo "01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)"*), acto administrativo confirmado en resoluciones SUB258538 de 16 de noviembre de 2017 y DIR27715 de 28 de noviembre de 2017 (*archivo "GRF-AAT-RP-2017_12886540-20171205121000", expediente administrativo*) **iv)** **MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ** presentó solicitud de reconocimiento pensional ante **COLPENSIONES** el 04 de diciembre de 2017 (*pág. 39 a 43, archivo "01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)"*), entidad que a través de la Resolución SUB36968 del 08 de febrero de 2018 negó la prestación reclamada (*pág. 47 a 51, archivo "01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)"*).

- De la pensión de sobrevivientes.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del

fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese instante. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el pensionado ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) falleció el 11 de abril de 2017, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso, así como los hijos menores y mayores de 18 años y hasta los 25 años, impedidos para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso (SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras).

CASO CONCRETO

Revisadas las pruebas aportadas al expediente y recaudadas en el juicio, no se encuentra en discusión que ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) fue pensionado por el ISS mediante Resolución No.5535 del 10 de agosto de 1992, en cuantía inicial de \$465.770 a partir del 30 de julio de 1992 (*archivo "00090089000000001785910003501A", subcarpeta "01.3 AnexoCD*

folio 87”) y que falleció el 11 de abril de 2017 (*pág. 11, archivo “01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)”*) en vigencia de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, es decir, dejó causado el derecho a la sustitución pensional en favor de sus beneficiarios, aspecto que no fue objeto de controversia.

Por lo tanto, y de acuerdo con la alzada, la Sala centrará su estudio en determinar si **MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ** acredita la calidad de beneficiaria de la referida prestación, advirtiendo que solo en caso afirmativo se revisará el derecho pensional de INES HINOJOSA DE CASTRO y EVELIA CECILIA PAYARES PACINI, dado que su reconocimiento se hizo en vía administrativa por parte del fondo de pensiones demandado y actualmente gozan y devengan la prestación económica dejada por el causante.

MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ al rendir su interrogatorio indicó que empezó a convivir con ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) desde 1978 hasta su fallecimiento, procrearon dos hijos, que el causante tenía una esposa de nombre INES, inicialmente señaló que nunca hubo separación y siempre vivieron juntos, luego relató que a su casa ALVARO iba todos los días, a veces almorzaba, cenaba, hacía sus siestas y luego se iba para la otra casa, posteriormente mencionó que algunos fines de semana viajaban y finalmente relató que siempre estaba con ella y que iba todos los días a su casa y a veces se quedaba, pero que ALVARO dormía en la casa de habitación con su esposa INES. Manifestó que ALVARO le daba una pensión de \$1.700.000 como ayuda para la casa y, además, pagaba el colegio de los hijos; que el causante estaba enfermo, tenía dificultad para caminar, y se enteró de su fallecimiento cuando ella estaba en Bogotá mientras visitaba a sus hijos, y que la última vez que lo vio fue una semana antes del fallecimiento, pero que estaba en constante comunicación con él.

Respecto del acompañamiento médico, señaló que a veces ella iba pero cuando ALVARO acudía a médicos particulares; que la recuperación y cuidado lo hacía en la casa de INES, y cuando estaba

bien ALVARO iba a su casa; que solo compartió con la familia de ALVARO una sola vez pues “*siempre eran aparte de todo*”, y finalmente que los últimos 3 años estuvo hospitalizado en varias oportunidades, pero que el último año compartieron mucho, siendo el último evento el cumpleaños de su hijo en enero de 2017 (*min. 25:14, archivo “13. Grabación Audiencia (cls.202)”*).

Se recepcionó el testimonio de Nicida Mercedes Olivella Guzmán (*min. 01:02:33, archivo “13. Grabación Audiencia (cls.202)”*) quien dijo haber conocido a la demandante desde el año 2000 porque trabajaron en la misma librería hasta el año 2010, que sabe que ALVARO era la pareja de MILDRED porque él iba a recogerla todos los días al trabajo, que conoció a los hijos de la pareja, pero que la casa donde ellos Vivian la visitaba muy esporádicamente. Los demás aspectos que comentó no los presencié directamente.

Y la testigo Eduvilia Esther Oñate Socarras (*min. 01:02:33, archivo “13. Grabación Audiencia (cls.202)”*) manifestó conocer a MILDRED por ser amigas y además haber trabajado juntas en Nissan en Valledupar, que la relación que había entre la demandante y ALVARO era pública, pues él era gerente de esa compañía y todos sabían de esa unión, que vivían juntos y procrearon dos hijos de nombre Nathalie y Álvaro; que también se enteró que ALVARO tenía esposa de nombre INES, y vivía con las dos. Frente a los demás aspectos de la relación señaló no saber, no constarle o que se enteró por información brindada por la misma accionante.

Con lo anteriores medios probatorios, para la Sala es claro que **MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ** tuvo una relación sentimental con ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) desde el año 1978, sin embargo, de las citadas declaraciones no es posible establecer la forma en que se llevó a cabo, en especial durante los últimos 5 años de vida del pensionado. En efecto, si se analiza el interrogatorio de la demandante, existen muchas contradicciones en su dicho pues no se sabe con certeza si el causante permanecía o no todos los días con ella, en principio dijo que no, luego que los fines de

semanas y posteriormente que en algunas ocasiones, tampoco hay forma de saber cómo se desarrolló esa relación durante la enfermedad que padeció ALVARO DE CASTRO AGUDELO pues, por propias voces de la demandante, durante los últimos tres años de vida estuvo varias veces hospitalizado y la persona que se encargada de los cuidados y recuperación no era ella, sino que las mismas se las brindaba su cónyuge INES, tanto en el centro médico como en la casa, y solo cuando éste se recuperaba volvía a frecuentar la casa de la actora.

Luego, y pese a que se precisó la colaboración económica que se le brindaba el pensionado y las visitas constantes, tales circunstancias no permiten inferir que hubo una comunidad de vida de forma permanente. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha entendido que la convivencia no solo comprende la cohabitación en determinado lugar, sino que hace referencia a *una comunidad marital donde se conjuguen el afecto, el respeto y la ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable* (CSJ sentencia del 08 de febrero de 2011 Rad. 34.362, SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras). Y precisamente, el supuesto de permanencia no ha quedado demostrado en este juicio, quizás se presentó en el vínculo que tuvo la demandante y el causante, pero de forma interrumpida, lo que descarta los presupuestos normativos para beneficiarse de esta prestación.

Y respecto de la prueba testimonial, las dos personas que narraron y expusieron las circunstancias que dicen tuvieron conocimiento, ninguna puede dar fe de lo que realmente aconteció en los últimos 5 años al fallecimiento del causante, no presenciaron la presunta convivencia de MILDRED y ALVARO y lo que comentaron, en su gran mayoría, fue por información que obtuvieron de terceros.

Ahora, de la prueba documental que se dice no fue valorada en su integridad por el despacho de primera instancia, se tiene lo siguiente:

ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) en declaraciones extrajuicio, del 04 de mayo de 2011 y 1º de marzo de 2012, ante la Notaria Primera del Circuito de Valledupar y la Notaria Única del Municipio de La Paz – Cesar, respectivamente, indicó que convivía con MILDRET SERRANO e INES HINOJOSA DAZA y expreso “*manifiesto mi deseo de que la pensión de la que actualmente gozo, sea compartida...*” entre ellas dos, (pág. 13 a 16, archivo “01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)”), aspecto que si bien es indicativo de una convivencia, ella solo corresponde hasta por lo menos el año 2012, y no a la fecha del deceso del causante (11 de abril de 2017).

En las declaraciones extrajuicio (pág. 55, 59, 61 y 63, archivo “01.1 CuadernoPrincipal fl(1-100)”), las personas al unisonó afirmaron que **MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ** convivió con ALVARO DE CASTRO AGUDELO (q.e.p.d.) durante los últimos 5 años de vida, compartiendo techo, lecho y mesa y que MILDRED dependía económicamente del causante, circunstancias fácticas que difieren de lo demostrado en el juicio y del propio relato de la accionante.

Sobre las fotografías adosadas a la demanda (fls. 32 a 41, expediente físico) las mismas no tienen la fuerza probatoria suficiente para demostrar la convivencia durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado, puesto que, si bien representan facetas de la vida del causante, no se tiene certeza del periodo y las circunstancias en que fueron tomadas.

Y respecto de la imposibilidad de controvertir las pruebas que se aportaron en el trámite administrativo que condujeron al reconocimiento pensional a favor de INES HINOJOSA DE CASTRO y EVELIA CECILIA PAYARES PACINI, debe señalarse que la petición de la demandante ante COLPENSIONES se hizo con posterioridad a la radicada por las citadas beneficiarias, lo que impidió quizás un análisis diferente por parte del fondo de pensiones, y era en este escenario judicial donde debía acreditar su condición de compañera permanente para acceder al disfrute pensional.

Además, se resalta que en el trámite administrativo, en especial la investigación realizada por COLPENSIONES para establecer la calidad de compañera permanente con EVELIA CECILIA PAYARES PACINI, en el resultado de la misma se indicó que se estableció contacto con Sofia de Castro Agudelo y Josefina de Castro Roza, hermanas del causante, quienes afirmaron que ALVARO sostenía una convivencia simultánea con INES HINOJOSA DE CASTRO, como esposa, y con EVELIA CECILIA PAYARES PACINI (con quien también procreo dos hijos), como compañera permanente, la primera en la ciudad de Valledupar y la segunda en la ciudad de Cartagena, a donde viajaba frecuentemente por temas laborales de ganadería, aspecto que se mantuvo hasta el día de su fallecimiento (*archivo "GEN-COM-CO-2017_8863669-20170824114652.pdf", expediente administrativo*).

Este escenario supone que la carga de la prueba de quien reclama en este juicio la calidad de compañera permanente tenía que ser contundente que demostrara, sin dudas, esta condición, dada la convivencia simultánea que tenía el causante con otras dos personas, aspecto que no ocurrió.

Así las cosas, al no acreditar la demandante el presupuesto de convivencia establecido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no tiene la calidad de beneficiaria de la prestación pensional, lo descarta los argumentos expuestos en la alzada, motivo suficiente para confirmar la sentencia.

Respecto de la situación jurídica de INES HINOJOSA DE CASTRO y EVELIA CECILIA PAYARES PACINI la Sala se releva de su estudio, dado que la decisión que aquí se confirma no afecta el derecho pensional que les fue reconocido directamente por **COLPENSIONES**. En todo caso, se advierte que, de llegarse a establecer que las prestaciones fueron concedidas irregularmente, le corresponde a dicha entidad adelantar las acciones que estime pertinentes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se remitirá copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.36-2018-00147-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 09 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró ineficaz la cláusula tercera del contrato de trabajo, condenó a **DRUMMOND LTD** a pagar los aportes pensionales del demandante **MANUEL MARIA GUERRERO BOLAÑOS**, por el periodo transcurrido desde el 10 de abril de 2002 y hasta la fecha en la que finalice el contrato de trabajo, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte demandada (*min. 01:09:14, archivo “1. Audiencia 09.09.2021 - 2018-00147”, carpeta “09. Audiencia 09.09.2021 - 2018-00147”*).

I. CUESTION PREVIA

Mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2023 (*archivo “05DesistimientoDemandante”*), el apoderado de **MANUEL MARIA GUERRERO BOLAÑOS** presentó desistimiento de las pretensiones de la demanda, petición coadyuvada por la parte pasiva (*archivo “08CoadyuvaDesistimiento”*). Sin embargo, con comunicación del 16 de marzo de 2023, el nuevo apoderado del actor solicitó no aceptar ni

aprobar dicho desistimiento, condenando en costas a la demandada, y seguidamente desatar las apelaciones frente a derechos ciertos e indiscutibles (*archivo “10RetiroParcialDesistimiento”*).

Con ocasión a esa última petición, en providencia del 18 de abril de la presente anualidad, el Magistrado Ponente concedió el término de tres (3) días a la parte actora para que precisara, de forma expresa, respecto de cuáles derechos reclamados en su recurso de apelación desistía, a fin de dar claridad a la solicitud y resolver de fondo (*archivo “12AutoReconocePoderRequiereAclaracion”*). Con ocasión de ello, el apoderado del demandante manifestó que presentaba desistimiento del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia (*archivo “13DemandanteAclaraSolicitud”*).

Por tal motivo, estando plenamente facultado el apoderado judicial, la Sala acepta dicho desistimiento, por lo que a continuación resolverá el recurso de apelación formulado por **DRUMMOND LTD**, previo los siguientes

II. ANTECEDENTES

• DEMANDA

MANUEL MARIA GUERRERO BOLAÑOS llamó a juicio a **DRUMMOND LTD** con el fin de que se declare la existencia del contrato de trabajo, la ineficacia de la cláusula de trabajador de dirección, confianza y manejo y que durante la vigencia de la relación no le han sido pagado trabajo suplementario y, en consecuencia, solicita la reliquidación de salarios, prestaciones legales y convencionales, aportes pensionales, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indexación, ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que el 10 de abril de 2002, se vinculó con **DRUMMOND LTD** mediante contrato a término indefinido, para cumplir las funciones como Maquinista de Locomotora,

pactándose en la cláusula tercera contractual que dicho cargo es de dirección, confianza y manejo; que como salario se fijó inicialmente la suma de \$3.047.995, valor que para el año 2017 ascendía a \$7.857.585; dice que en ese cargo no posee una gran responsabilidad dentro de la estructura administrativa de la demandada, no representa al empleador, no tiene poder de mando, jerarquía o disciplinario respecto de los demás trabajadores del departamento de transportes del área de operaciones ferrocarril al cual pertenece, ni se encuentra incluido en el orden jerárquico de la compañía previsto en el artículo 69 del Reglamento Interno de Trabajo, pues tales facultades recaen en el Gerente, el Superintendente y los Supervisores del Área.

Expuso que su turno de trabajo es de 12 horas de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. durante siete días, terminado ese turno descansa 3 días e inicia nuevamente el turno de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., al final de los cuales descansa 4 días y vuelve al turno anterior, y así sucesivamente. No obstante, dice que trabaja más de 12 horas al día, incluso por 24 horas corridas, pues puede iniciar turno en puerto a las 7:00 a.m., salir en el tren a las 9:00 a.m., llegar a la mina a las 4:00 p.m., quedar en turno hasta que se cargue el tren, sale nuevamente de la mina a las 12:00 de la noche con llegada a puerto a las 7:00 a.m. cuando entrega y recibe turno el mismo día a las 4:00 p.m., por lo que en promedio diario trabaja hasta 14 horas y 84 horas a la semana, acumulando horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, que nunca han sido reconocidos y pagados por el empleador.

Manifestó que en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Sintramienergética 2016 – 2019 se pactó el pago de dominicales, festivos y recargos nocturnos, los cuales la demandada no ha cancelado en virtud de la cláusula de confianza y manejo consignado en el contrato de trabajo. Señaló que es afiliado del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Minera y Energética – Sintramienergética, por lo que el 9 de octubre de 2017 solicitó a **DRUMMOND LTD** certificación del salario devengado año a año, la cual fue respondida el 30 de octubre siguiente; que **DRUMMOND LTD**

no ha realizado las respectivas cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones; que presentó reclamación administrativa el 10 de mayo de 2017 y que el Sindicato Sintramienergética ha denunciado ante el empleador el exceso de horas de trabajo (pág. 10 a 29, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00147”).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

DRUMMOND LTD se opuso a las pretensiones condenatorias. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo de dirección, confianza y manejo, los salarios devengados, la no potestad disciplinaria del actor y sus funciones, la afiliación a la organización sindical, la cláusula convencional, las peticiones presentadas y sus respuestas. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación, buena fe y cobro de lo no debido*, prescripción y compensación (pág. 181 a 203, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00147”).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:09:14, archivo “1. Audiencia 09.09.2021 - 2018-00147”, carpeta “09. Audiencia 09.09.2021 - 2018-00147”)

El 09 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor MANUEL MARÍA GUERRERO BOLAÑOS y DRUMMOND LTD existe un contrato de trabajo, desde el 10 de abril de 2002. **SEGUNDO: DECLARAR** ineficaz la cláusula tercera del contrato de trabajo suscrito entre las partes, concerniente a que el cargo desempeñado por el señor GUERRERO BOLAÑOS es de dirección, confianza y manejo. **TERCERO: CONDENAR** a DRUMMOND LTD. a pagar las cotizaciones obligatorias, a la entidad de seguridad social en pensiones, a la que se afilie o se encuentre afiliado el demandante, por el periodo transcurrido desde el 10 de abril de 2002 y hasta la fecha en la que finalice el contrato de trabajo, a través de un cálculo actuarial o título pensional. El ingreso base de cotización con el que se deben realizar los aportes hasta el 1° de abril

*de 2018 equivale a: \$3.047.995 del 10 de abril de 2002 al 31 de enero de 2003. \$3.291.530 del 1º de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004. \$3.587.768 del 1º de abril de 2004 al 31 de marzo de 2005. \$3.820.973 del 1º de abril de 2005 al 31 de marzo de 2006. \$4.126.651 del 1º de abril de 2006 al 31 de marzo de 2007. \$4.373.425 del 1º de abril de 2007 al 31 de marzo de 2008. \$4.771.407 del 1º de abril de 2008 al 31 de marzo de 2009. \$5.220.874 del 1º de abril de 2009 al 31 de marzo de 2010. \$5.418.918 del 1º de abril de 2010 al 31 de marzo de 2011. \$5.737.924 del 1º de abril de 2011 al 31 de marzo de 2012. \$6.066.707 del 1º de abril de 2012 al 31 de marzo de 2013. \$6.370.042 del 1º de abril de 2013 al 31 de marzo de 2014. \$6.589.171 del 1º de abril de 2014 al 31 de marzo de 2015. \$6.929.171 del 1º de abril de 2015 al 31 de marzo de 2016. \$7.414.215 del 1º de abril de 2016 al 31 de marzo de 2017. \$7.857.585 del 1º de abril de 2017 al 31 de marzo de 2018. \$8,218,249 del 1º de abril de 2018. **CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción. **QUINTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la encartada. Liquidense con la suma de \$5.000.000 a título de agencias en derecho. (...)*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si procedía la reliquidación de acreencias laborales y el pago de aportes pensionales.

Para resolver, indicó que no hubo controversia respecto de la existencia del contrato de trabajo, el cargo de maquinista y los salarios devengados; respecto de ese cargo señaló que la cláusula 3ª del contrato de trabajo era ineficaz porque las funciones que cumplía no tenían las características para considerarse un trabajador de dirección, confianza y manejo, no tenía mando en la compañía y tampoco ejercía su representación. Respecto del reconocimiento de trabajo suplementario expresó que revisadas las planillas de operación de los años 2015 a 2019, que obran en 4 cuadernos, no encontró trasgredida la regla establecida en el artículo 165 del CST, pues al computar los tiempos por periodos de tres semanas, nunca se superaron las 144 horas laboradas. Y finalmente, sobre el pago de aportes pensionales dijo que la pensión que recibe el demandante es de carácter patronal y no tiene que ver con las concedidas por el Sistema General de Pensiones, por lo que en virtud del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 no había exoneración del empleador de la cotización del respectivo aporte.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la llamada a juicio presentó recurso de apelación frente a la condena por aportes pensionales. Adujo que no comparte el criterio con base en el cual se tomó esa decisión por cuanto el demandante no es un afiliado obligatorio al régimen de seguridad social, sino voluntario en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, pues ya tiene cubierto el riesgo de vejez, por lo que si el demandante quería seguir cotizando debió así manifestarlo al momento de la vinculación, y al contrario lo que hizo fue allegar la resolución de reconocimiento pensional, solicitando que no se cotizara, precisamente por devengar una mesada pensional, la cual recibe actualmente (*min. 01:18:38 archivo "01. Audiencia 09.09.2021 - 2018-00147", carpeta "09. Audiencia 09.09.2021 - 2018-00147"*).

V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante solicitó se revoque el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos elevados en la alzada, recurso de apelación que posteriormente fue desistido.

Por su parte, la apoderada de la demandada solicitó la revocatoria de la condena pues considera que la obligación de cotización cesa al momento de poseer los requisitos de pensión, o cuando el trabajador ya está pensionado por vejez, como ocurre con el actor.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es viable el pago de aportes pensionales, a pesar de que el trabajador tiene la condición de pensionado.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que **i) MANUEL MARIA GUERRERO BOLAÑOS** se encuentra vinculado con **DRUMMOND LTD** por medio de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 04 de octubre de 2002, ocupando el cargo de Maquinista de Locomotora (*pág. 31 a 34 y 39, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00147”*) y es afiliado del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Minera, Petroquímica, Agrocombustible y Energética-SINTRAMIENERGETICA desde el 13 de septiembre de 2004 (*pág. 88, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00147”*); **ii)** y al actor le fue reconocida pensión de jubilación convencional por Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución 785 del 21 de septiembre de 1987 (*pág. 137 archivo “01. 15. Resolución pensión.pdf”, carpeta “06. Pruebas Contestación Drumond LTD CD Fl. 178”*).

Tampoco fue objeto de alzada la declaratoria de ineficacia de la cláusula tercera del contrato de trabajo suscrito entre las partes, concerniente a que el cargo desempeñado por **MANUEL MARIA GUERRERO BOLAÑOS** no es de dirección, confianza y manejo, pues así lo dispuso el juzgador de instancia y no hubo inconformidad de los intervinientes.

- Sobre el pago de aportes pensionales

La parte demandada se encuentra inconforme con la condena al pago de aportes pensionales impartida en sede de instancia, al considerar que **MANUEL MARIA GUERRERO BOLAÑOS** estaba pensionado y no manifestó su voluntad de seguir cotizando, por lo

dicen no tener la obligación de realizar ningún aporte al sistema pensional.

Está probado en el expediente que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación convencional por Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución 785 del 21 de septiembre de 1987 y que a partir del 04 de octubre de 2002 se vinculó con **DRUMMOND LTD** a través de un contrato de trabajo a término indefinido.

Al respecto, en virtud de los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, y tan solo la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez legal, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Por tanto, al gozar el demandante de una pensión de jubilación convencional y no legal, no se encuentra excluido del sistema pensional, puesto que precisamente los tiempos cotizados por la nueva relación de trabajo le permitirán financiar una pensión contributiva a cargo del fondo de pensiones donde se vincule, siendo necesario recordar que la afiliación no solo le garantiza el acceso a las prestaciones de vejez sino también a las de invalidez o muerte, lo que descarta el planteamiento de la recurrente (SL2958-2020).

De suerte que las anteriores circunstancias demuestran que la conducta de la demandada fue omisiva frente al sistema pensional al no afiliar al trabajador para la protección de todas las contingencias, más aún cuando no estaba facultada para decidir sobre la posibilidad que tiene o no el trabajador de acceder a beneficios pensionales, los cuales, de haber ocurrido y estructurado durante la vigencia del contrato de trabajo (invalidez o muerte), estarían a su cargo.

Por ello, la demandada está obligada a cancelar los aportes pensionales por toda la vigencia de la relación laboral, en los términos

ordenados por el *a quo*, pues los IBC establecidos no fueron cuestionados, lo que conlleva a confirmar la decisión de primera instancia.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo sigue vigente, el actor presentó reclamación escrita solicitando el pago de acreencias laborales e indemnizaciones el 10 de mayo de 2017 y la demanda fue radicada en la Oficina Judicial el 05 de marzo de 2018 (*pág. 160, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00147”*), por lo cual surge con meridiana claridad que con dicha reclamación se interrumpió el término trienal señalado en los citados artículos.

Sin embargo, se resalta que los aportes a seguridad social son imprescriptibles (SL Rad 35.083 del 06 de mayo de 2010 y SL1272-2016), siendo posible su reclamación y exigencia en cualquier tiempo, razón suficiente para declarar no probado este medio exceptivo.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.36-2018-00672-02 y 03

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto en contra de la negativa de decretar la prueba de interrogatorio de parte al representante legal del **FONDO NACIONAL DE AHORRO** y a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes contra la sentencia proferida el 09 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de contratos de trabajo, condenó a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** al pago de intereses moratorios y absolvió al **FONDO NACIONAL DE AHORRO** de todas y cada una de las pretensiones (*min. 28:38, archivo "ARCHIVO 02. AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2018-00672"*).

I. RECURSO DE APELACIÓN AUTO
RAD. 36 2018 00672 03

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia del 09 de junio de 2022, adelantó las etapas previstas en el artículo 77 del CPTSS. Al momento de resolver sobre el decreto de pruebas negó el interrogatorio del representante legal del **FONDO NACIONAL DE AHORRO** al considerar que, conforme con el artículo 195 del CGP, los

representantes legales de entidades públicas no pueden confesar (*min. 15:33, archivo “01. AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2018-00672”*).

Inconforme con la decisión, el apoderado de los demandantes presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación sin que haya expuesto los argumentos que sustentaban su inconformidad, por cuanto fue interrumpido por la Juez, quien no repuso la decisión y, pese a pretermittir el requisito para dar curso a la alzada, concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo (*min. 19:22, archivo “01. AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2018-00672”*).

Al respecto, el artículo 57 de la Ley 2 de 1984, establece que quien interponga recurso de apelación en el proceso laboral está obligado a sustentarlo y, en caso de no hacerlo en el término legal, el recurso será desierto. El artículo 66^a del CPTSS establece que la decisión de los autos apelados deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación. El artículo 322 del CGP, aplicable por remisión analógica que permite el artículo 145 de la norma procesal laboral, dispone que para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad y si así no lo hiciere el juez de primera instancia lo declarará desierto. A su vez, el artículo 323 *ibidem* consigna que, si no se cumplen los requisitos para la concesión del recurso, el Superior lo declarará inadmisibile.

Así las cosas, no hay duda de que en el proceso ordinario laboral y de la seguridad social, el recurso de apelación contra un auto susceptible del mismo debe ser sustentado, de manera oral, inmediatamente es notificada la providencia.

Respecto el deber de sustentación del recurso de apelación, en la sentencia SL Rad. 26.936 del 29 de junio de 2006, la H. CSJ indicó que es indispensable la sustentación del recurso al ser el modo en que se fijan los puntos de distancia del apelante frente la decisión adoptada por el Juez, al mismo tiempo que permite argumentar el fundamento de la inconformidad, asunto que no es una mera formalidad sino una

real exigencia de racionalidad de la demanda de justicia y, además, delimita la competencia del Superior en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66^a del CPTSS, que restringe la competencia del *ad quem* a las materias objeto del recurso de apelación.

Por tal motivo, como quiera que el apoderado actor no sustentó el recurso de apelación y el *a quo* no le dio la oportunidad para que indicara las razones de su inconformidad, no le queda camino distinto a la Sala que declarar inadmisibile dicho recurso.

Sobre la solicitud de práctica de pruebas presentada por el apoderado de los demandantes en el escrito de alegatos de conclusión, para que se practique, en segunda instancia, interrogatorio a los demandantes y al representante legal del **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, es necesario señalar que, conforme con el artículo 83 del CPTSS le está vedado a los interesados solicitar al Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

En este caso, las pruebas si bien fueron solicitadas en la demanda y la contestación, las mismas no fueron decretadas, decisión que se encuentra en firme, no siendo posible alterar su intangibilidad, razón suficiente para negar este pedimento, por lo que a continuación se resolverá la alzada frente a la sentencia de primera instancia, previo los siguientes

II. ANTECEDENTES

• DEMANDA

DIANA PATRICIA PEDRAZA ARIAS, ELMY MOSQUERA MURILLO, HUGO MARQUEZ CARDOSO, ISABEL ALDANA SALAZAR, JESHIKA ALEXANDRA CUARTAS JIMENEZ, LINA MARÍA QUINTERO CANO y MIGUEL DÍAZ MONTAÑA llamaron a juicio al **FONDO NACIONAL DE AHORRO** y a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, con el fin de que se declare la

responsabilidad solidaria de las demandadas y, en consecuencia, se condene al pago de la indemnización moratoria, junto con los derechos que se reconozcan por facultades ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicaron que estuvieron vinculados con **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** en calidad de trabajadores por obra o labor para el **FONDO NACIONAL DE AHORRO** hasta el 30 de septiembre de 2015; que las funciones no eran temporales sino propias de los trabajadores de planta del **FONDO NACIONAL DE AHORRO**; que en reiteradas ocasiones elevaron solicitud de pago de la liquidación final de prestaciones sociales a las demandadas; que **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** inició proceso de reorganización empresarial a partir de febrero de 2016; que la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA efectuó el pago de las obligaciones laborales en el año 2017 y que al considerar que el **FONDO NACIONAL DE AHORRO** debe responder por la mora en el pago de prestaciones sociales, elevaron reclamación administrativa ante esa entidad el 25 de septiembre de 2018, recibiendo respuesta negativa el 04 de octubre siguiente (*pág. 91 a 100, archivo "01. Expediente digitalizado 2018-00672"*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **FONDO NACIONAL DE AHORRO** se opuso a las pretensiones. Aceptó el proceso de reorganización de OPTIMIZAR y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio, la cual fue declarada no probada en primera instancia, decisión confirmada por esta Corporación en providencia del 30 junio de 2021 (*cuaderno físico segunda instancia*). Y formuló las excepciones de mérito que denominó *responsabilidad de las empresas usuarias no comprende la solidaridad en pagos por concepto de acreencias laborales*; buena fe; el Fondo Nacional del Ahorro ha vinculado su personal dentro de los marcos y autorizaciones legales; el FNA ha sujetado todo su comportamiento a las reglas contractuales, administrativas, civiles y comerciales; y prescripción. A su vez, presentó llamamiento en garantía contra **LIBERTY SEGUROS S.A.** (*pág. 194 a 212, archivo "01. Expediente digitalizado 2018-00672"*).

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia de los contratos de trabajo de los demandantes, el proceso de reorganización, la fecha del pago de prestaciones sociales y los salarios devengados. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de causa para pedir; pago y buena fe (pág. 213 a 231, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00672”)

LIBERTY SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento. Expresó que los hechos de la demanda no le constaban y del llamamiento aceptó la existencia de la póliza de cumplimiento. Frente a la demanda formuló la excepción previa de *falta de jurisdicción y competencia* y las excepciones de fondo *cosa juzgada*; buena fe; ausencia de incumplimiento por parte de Optimizar; culpa exclusiva de la víctima; falta de acreditación del valor pretendido y la innominada o genérica, y respecto del llamamiento propuso las excepciones de *falta de competencia y jurisdicción*; ausencia de cobertura; inexistencia de incumplimiento por parte de Optimizar; aplicación de exclusión: fuerza mayor; el siniestro se encuentra cubierto por un contrato de seguro distinto y especializado que ya operó; prescripción del contrato de seguro y la innominada o genérica (pág. 332 a 368, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00672”).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 28:38, archivo “ARCHIVO 02. AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2018-00672”)

El 09 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la existencia del contrato entre los aquí demandantes y Optimizar Servicios Temporales en Liquidación judicial, en los siguientes términos: Diana Patricia Pedraza del 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015; para Elmy Johana Mosquera Murillo del 27 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2015; para Hugo Márquez Cardoso del 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015; para Isabel Aldana Salazar del 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015; para Jeshika Alexandra Cuartas Jiménez del 1 de diciembre de 2014 al 30 de

septiembre de 2015; para Lina María Quintero Cano del 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 y para Miguel Diaz Montana del 20 de abril de 2015 al 30 de septiembre de 2015.
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Optimizar Servicios Temporales en Liquidación judicial a pagar a los demandantes por sanción moratoria de que trata el art. 65 del Código Sustantivo de Trabajo, las siguientes sumas: a Diana Patricia Pedraza la suma de \$5.294.172; Elmy Johana Mosquera Murillo la suma de \$2.520.289; a Hugo Márquez Cardoso la suma de \$7.634.551; a Isabel Aldana Salazar la suma de \$2.681.369; a Jeshika Alexandra Cuartas Jiménez al suma de \$2.887.587; a Lina María Quintero Cano la suma de \$4.977.549; a Miguel Diaz Montana la suma de \$3.313.213.
TERCERO: ABSOLVER al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. **CUARTO: CONDENAR** en costas a Optimizar, liquidense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (...).

Como fundamento de su decisión expresó que no hubo discusión en la existencia de los contratos de trabajo entre los demandantes y OPTIMIZAR. Respecto de la indemnización moratoria precisó que hubo mala fe del empleador por la demora en el pago de prestaciones sociales puesto que el proceso de reorganización inició con posterioridad a la terminación de los contratos de trabajo, y la sola finalización del vínculo contractual con el FNA no era justificación para no dejar las reservas suficientes para el pago de acreencias. Pero al advertir que la demanda se presentó más allá de 24 meses, luego de la terminación de los contratos de trabajo, concluyó que solo era procedente intereses moratorios desde la fecha de terminación hasta la fecha en que se pagaron las acreencias.

Respecto de la solidaridad manifestó que como el verdadero empleador fue la empresa de servicio temporales, en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, estas empresas no son contratistas independientes por lo que la figura del artículo 34 del CST solo se aplica por excepción, como por ejemplo cuando se contrata una EST sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución, entre otros, circunstancias que no se configuraron en el proceso, por lo que dedujo que no operó la solidaridad reclamada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación. Adujo que los derechos del trabajador tienen una prelación importante,

y en este caso los demandantes de buena fe no interpusieron la demanda en el término de 24 meses, toda vez que estaban a la expectativa de qué entidad les iba a pagar su liquidación laboral y estaban al tanto del proceso administrativo sancionatorio que adelantó el Ministerio del Trabajo para realizar este pago, por lo que su expectativa legítima estaba ligada a lo que surgiera de aquel expediente, pago que se realizó dos años después de cesar el vínculo laboral, por lo que no se les podía achacar su inactividad como una sanción. Respecto de la solidaridad, indicó que en el interrogatorio OPTIMIZAR dijo que tenía 1.500 empleados que prestaban el servicio, siendo más del 60 o 70% de la planta del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por lo que considera que el FNA utilizó la temporal para encubrir un vínculo laboral con los respectivos trabajadores. Que la ausencia del interrogatorio del FNA no permitió dar claridad de que las funciones desarrolladas por los demandantes no eran ajenas a la planta de personal y que FNA fungía como empleador directo. (*min. 31:10, archivo "ARCHIVO 02. AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2018-00672"*).

V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados del **FONDO NACIONAL DE AHORRO y LIBERTY SEGUROS S.A.** solicitaron la confirmación de la sentencia de primera instancia.

La parte demandante reiteró los argumentos de la alzada.

Y no hubo intervención **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.**

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es procedente la indemnización moratoria cuando la acción ordinaria se presentó luego de transcurridos más de 24 meses de terminada la relación laboral y si es viable la responsabilidad solidaria del **FONDO NACIONAL DE AHORRO**.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en que **i)** entre **DIANA PATRICIA PEDRAZA ARIAS, ELMY MOSQUERA MURILLO, HUGO MARQUEZ CARDOSO, ISABEL ALDANA SALAZAR, JESHIKA ALEXANDRA CUARTAS JIMENEZ, LINA MARÍA QUINTERO CANO y MIGUEL DÍAZ MONTAÑA** y la demandada **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** existieron contratos de trabajo de obra o labor (*aspecto declarado en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso*); **ii)** Tampoco hubo discusión en los extremos iniciales, la finalización ocurrida el 30 de septiembre de 2015 y los salarios devengados por los trabajadores (*pág. 19 a 24, 29, 34, 36, 38, 40, 232 a 238, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00672”*); **ii)** y la liquidación final de los contratos de trabajo de los demandantes fue cancelada por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA, en septiembre y octubre de 2017 (*aceptado por OPTIMIZAR, montos que se acreditan con el oficio del 26 de enero de 2018, pag. 239 a 246, archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00672”*).

- Sobre la indemnización moratoria

Para resolver este aspecto, el artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su

conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras.

De otra parte, la H. CSJ ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 SMLMV, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radicó la demanda posterior a los 24 meses, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, sino que el empleador deberá pagar al trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima señalada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA para los créditos de libre asignación, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias SL36577-2010, SL46385-2012, SL685-2013, SL10632-2014, SL3274-2018, entre otras.

En el presente asunto el comportamiento de **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** fue objeto de estudio por parte *a quo*, circunstancia no fue cuestionado por ninguna de las partes, por lo que la Sala se releva de su estudio.

Ahora, el apoderado actor reprocha que se haya castigado a sus clientes por la demora en instaurarse la presente acción ordinaria dado que ellos estaban a la expectativa de qué entidad les iba a pagar su liquidación laboral y a la espera del proceso administrativo sancionatorio que adelantó el Ministerio del Trabajo.

Bajo estos presupuestos fácticos y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, para el Tribunal no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente, puesto que la norma no establece causal de interrupción alguna, por lo que cualquier actuación administrativa que adelantaran los trabajadores no impedía que reclamaran sus derechos prestacionales por la vía judicial en tiempo. Y precisamente el accionar tardío impidió que se configurara la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta por 24 mensualidades.

Y ello es así, en la medida en que el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado el alcance de la sanción establecida en el artículo 65 del CST, en el sentido de que para su causación impone el deber al trabajador de presentar la demanda de forma oportuna en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato pues, en caso contrario, únicamente se generan intereses moratorios hasta que se produzca el pago de salarios y prestaciones sociales.

Y si la terminación del contrato de trabajo de todos los demandantes se materializó el 30 de septiembre de 2015 y la presentación de la demanda ocurrió el 10 de octubre de 2018 (pág. 69, *archivo “01. Expediente digitalizado 2018-00672”*), es decir, más allá del término previsto en el imperativo normativo, únicamente procedía el reconocimiento de intereses moratorios, conforme lo dispuso el *a quo*, motivo suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Frente a los montos reconocidos por intereses moratorios no se presentó inconformidad alguna, no siendo posible su revisión.

- Sobre la responsabilidad solidaria del beneficiario del trabajo o el dueño de la obra y los usuarios de las empresas de servicios temporales

El artículo 34 del CST consagró la figura del contratista independiente, como aquella persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizar el servicio con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

No obstante, el precitado artículo señala que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los trabajadores vinculados por el contratista, salvo que la labor de dichos trabajadores sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

Ahora, sobre las acreencias laborales de los trabajadores en misión, ha dicho el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria que las mismas son de resorte exclusivo de las empresas de servicios temporales, dado que no hay norma especial que imponga una responsabilidad solidaria a las usuarias. En efecto, tan intelección se ha precisado en los siguientes términos:

“... “Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T., pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T, con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del Decreto 2351 de 1965 (C.S.T art 32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan solo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación.

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión”.

Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobre costo sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que, por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento.

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, art 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y

la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones. (C.S.T, arts 14 y 43) ...”

El anterior criterio fue expuesto en la sentencia del 24 de abril de 1997, radicado 9435, reiterado en sentencia SL16350 de 2014.

Ahora, debe recordarse que el objeto de las empresas de servicios temporales está establecido en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, esto es, tienen como finalidad la de prestar servicios a terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene respecto de éstas el carácter de empleador.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que **DIANA PATRICIA PEDRAZA ARIAS, ELMY MOSQUERA MURILLO, HUGO MARQUEZ CARDOSO, ISABEL ALDANA SALAZAR, JESHIKA ALEXANDRA CUARTAS JIMENEZ, LINA MARÍA QUINTERO CANO y MIGUEL DÍAZ MONTAÑA** celebraron contrato de trabajo con **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, aspecto que así fue declarado por el juzgado de instancia y no fue objeto de reproche, tiempo durante el cual se desempeñaron como trabajadores en misión en el **FONDO NACIONAL DE AHORRO**.

En ese escenario, dado que el empleador directo de los demandantes fue **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** y que la relación surgida entre los actores y la referida empresa temporal no se enmarca en los presupuestos señalados en el artículo 34 del CST, no es posible derivar responsabilidad alguna del **FONDO NACIONAL DE AHORRO** en el pago de las acreencias laborales adeudadas por aquella.

Nótese, además, que en este caso en particular no se violaron los requisitos establecidos en la Ley 50 de 1990 para este tipo de contratación, pues por la forma en que fueron vinculados los demandantes, encaja en lo señalado en el numeral 3° del artículo 77 de la normatividad referida, es decir, cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA en la prestación del servicio, como quedó demostrado documentalmente, actividad que claramente puede ser de carácter temporal, más aún cuando esa actividad la desarrollaron por un periodo inferior a un año, es decir, no se superó tampoco el tiempo máximo permitido para éste tipo de contratación.

Y el hecho de los empleados en misión superaran los cargos de planta en la empresa usuaria, como lo sostuvo el apoderado de los demandantes en el recurso, en nada afecta el anterior análisis, por cuanto no se formuló como pretensión la configuración de una intermediación laboral y la existencia de contratos de trabajo con la beneficiaria de los servicios, sino que únicamente se reclamó su responsabilidad solidaria.

Respecto de la negativa al interrogatorio de parte del representante legal de la demandada **FONDO NACIONAL DE AHORRO**, es un aspecto que se debió controvertirse y sustentarse oportunamente en la respectiva etapa procesal. En todo caso, el objeto del pretendido interrogatorio, además de ser improcedente por expresa disposición legal, era inconducente, dado que se pretendía demostrar que el **FONDO NACIONAL DE AHORRO** fungió como empleador directo de los demandantes, suplica que nunca se elevó ni fue objeto de litigio en esta actuación.

Por el anterior estudio, se confirmará la decisión.

Sin costas en segunda instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

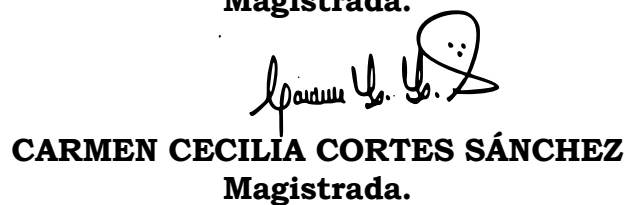
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2021-00211-01 y 02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **COLFONDOS S.A.** contra el auto que negó la nulidad por indebida notificación, así como el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 08 de marzo de 2023, que declaró ineficaz la afiliación a la AFP, ordenó la devolución de aportes indexados y si después de ello subsisten recurso remitirlos al Fondo de Solidaridad Pensional y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (archivo
“07CorreccionDemanda20210513”).

NELSON MORALES HUERTAS solicitó declarar ineficaz o nulo su afiliación al RAIS, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 07 de septiembre de 1953, cotizó desde el 21 de enero de 1987, que el 14 de septiembre de 2001 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las

características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que solicitó la ineficacia o nulidad de su afiliación a la AFP y su retorno al RPM, peticiones rechazadas por las **DEMANDADAS**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó el retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y que se deben probar las falencias alegadas en la demanda, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectación a la sostenibilidad financiera del Sistema. Interpuso las excepciones de aplicación del precedente de la sentencia SL373-2021, error de un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 19 archivo “10ContestacionDemanda20211007”).

Por auto del 26 de septiembre de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (archivo “14AutoFijaAudiencia20220926”).

Posteriormente, **COLFONDOS S.A.** allegó memorial por el cual propuso incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda y solicitó tener por notificada por conducta concluyente a la AFP y admitir la contestación de la demanda. Alegó que se tuvo por no contestada la demanda y se celebró audiencia del artículo 77 CPTSS, sin considerar que el certificado de notificación no evidencia la radicación de la notificación en la AFP, al no tener sello alguno ni mucho menos acuse de recibido, afirmando que **COLFONDOS S.A.** no fue notificada al no haber recibido la documental, falencia que no fue considerada por el Juez, quien no solo desconoció el Decreto Legislativo 806 de 2020 y la sentencia C-420 de 2020, sino además su derecho de defensa (Pág. 96 a 100 archivo “18ContestacionDeDemandaColfondos20221118”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El 08 de marzo de 2023, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió auto por el cual negó la solicitud de nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda. Indicó que se allegó prueba de que la notificación a **COLFONDOS S.A.** fue efectiva, AFP que además evidenció conocer de la actuación al contestar la demanda, aunque de forma extemporánea (08:24 archivo “20ActaFallo20230308”).

En la misma audiencia, el *a quo* profirió sentencia con el siguiente tenor literal (52:32 archivo “20ActaFallo20230308”):

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor NELSON MORALES HUERTAS con destino a la AFP COLFONDOS S.A. con ocasión suscripción del formulario de afiliación del 14 de septiembre de 2001. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y a la AFP COLFONDOS S.A. que conjuntamente y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a que se retorne con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES al DEMANDANTE y al valor de los recursos percibidos por cuenta de él en el RAIS, durante el tiempo en el que permaneció vinculado irregularmente 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 sobre índice inicial por valor histórico que corresponde a lo que mensualmente percibía el RAIS igual al valor indexado, debiéndose tomar para el efecto como índice inicial, el del mes en que se verificó el giro de los recursos mensual correspondiente y como índice final, el del momento en que se verifique el traslado de los recursos con destino al RPMPD, siendo pertinente señalar que las ACCIONADAS contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer por parte de COLFONDOS tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del DEMANDANTE y en caso de ser insuficientes, se pagarán los saldos con cargo a recursos propios de la AFP, lo anterior sin descuento de naturaleza alguna y en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que si en la cuenta de ahorro individual del demandante subsisten recursos luego de los procedimientos reseñados, los valores respectivos deberán ser puestos a disposición del Fondo de Solidaridad Pensional por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las results del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas. CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP COLFONDOS 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 DEMANDANTE. QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia,

CONSÚLTESE con el SUPERIOR, lo anterior en la medida que se han impuesto cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. (...)”.

EL *a quo* indicó que el problema jurídico versaría sobre todos los hechos para fijar la procedencia de las pretensiones.

Para resolver indicó que si bien considera que la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 procede cuanto la afiliación no es libre ni espontánea por vicios del consentimiento, la H. CSJ en la sentencia SL2929-2022 analizó un proceso con sentencia de primera instancia de dicho Juzgado, en el cual concluyó la responsabilidad casi objetiva de las AFP de acreditar el cumplimiento del deber de información sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, sin que baste la firma del formulario de afiliación para acreditar la asesoría y como en el caso no hay prueba de ello, declaró ineficaz la afiliación a **COLFONDOS S.A.** y ordenó trasladar los recursos mensualmente percibidos por el afiliado sin descuentos e indexados, con cargo a los recursos de la CAIP y de no ser suficientes con el patrimonio de la AFP, pero de resultar un saldo positivo enviarlo al Fondo de Solidaridad Pensional y condenó en costas a la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLFONDOS S.A.** solicitó revocar el auto que negó la nulidad. Afirmó que la AFP tuvo conocimiento del proceso hasta que fue convocada a la audiencia del artículo 80 CPTSS y si bien se allegó un cotejo de notificación, no hay evidencia de la radicación de la misma ante la AFP al no tener sello ni acuse de recibido, sin que el Juzgado procurará una debida notificación de la AFP ni aplicar el artículo 29 CPTSS y omitiendo que la sentencia C-420 de 2020 señala que la notificación no se surte con el envío sino con el comprobante de recibido exitoso, el cual no registra (08:36 archivo “20ActaFallo20230308”).

Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Alegó que el **DEMANDANTE** lleva más de 23 años en el

RAIS, lo cual ratifica su voluntad de pertenecer al mismo, además la firma del formulario de vinculación generó obligaciones contractuales reciprocas, la AFP adquirió el deber de información pero el afiliado de asesorarse sobre el alcance de su decisión de traslado como deber de todo consumidor financiero, así mismo, la ineficacia a favor de afiliados que se escudan en la supuesta ausencia de información de parte de las AFP les permite beneficiarse del RPM a pesar de no aportar al mismo (55:22 archivo “20ActaFallo20230308”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 del recurso de apelación contra la sentencia, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Agotado el término, el apoderado de **COLFONDOS S.A.** no presentó alegatos.

Durante el término de traslado del recurso de apelación contra auto, ningún apoderado de las partes alegó.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 65, 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** en lo que respecta a la sentencia de primera instancia.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Como primer problema jurídico determinar la validez del auto que negó la nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda. Como segundo problema jurídico, determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y reconocimiento pensional por **COLPENSIONES**. Lo anterior conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **NELSON MORALES HUERTAS** nació el 07 de septiembre de 1953 (Pág. 1 archivo “04Poderes”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al ISS del 21 de enero de 1987 al 30 de septiembre de 2001 y cotizó 218,57 semanas (Pág. 293 a 297 archivo “10ContestacionDemanda20211007”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** (Pág. 183 archivo “10ContestacionDemanda20211007”).

En auto dictado en oralidad el 08 de marzo de 2023, el *a quo* negó la nulidad por indebida notificación del auto admisorio. Contra la anterior decisión **COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación.

De otra parte, en la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación a la AFP, ordenó la devolución de aportes indexados y si después de ello subsisten recurso remitirlos al Fondo de Solidaridad Pensional y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Sobre la notificación personal a través de mensajes de datos en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Para garantizar el servicio público de administración de justicia durante la pandemia por Covid-19 se expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020, que procuró el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones – TIC en las actuaciones judiciales. Dicha norma estuvo vigente por 02 años entre el 04 de junio de 2020 y el 04 de junio de 2022; posteriormente, se expidió la Ley 2213 de 2022, que estableció la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y adoptó medidas para implementar las TIC en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, entre otras disposiciones.

En lo que atañe a la vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, su artículo 6°, señala que el escrito de demanda debe indicar el canal digital donde notificar a las partes, sus representantes y apoderados, testigos, peritos y cualquier tercero que deba ser citado al proceso, so pena de inadmisión. Dicha norma fue condicionada por la sentencia C-420 de 2020, al señalar que sí el demandante desconoce el canal digital donde notificar peritos, testigos o cualquier tercero que deba ser citado al proceso, podrá así indicarlo sin que ello genere la inadmisión de la demanda.

Por su parte, el artículo 8° del precitado Decreto, condicionado a su vez por la sentencia C-420 de 2020, permite agotar la notificación personal enviado la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual, debiendo el interesado afirmar bajo juramento, el cual se entiende prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al usado por la persona a notificar, informando la forma como lo obtuvo y aportando las evidencias correspondientes.

Agotado el anterior trámite, se entiende surtida la notificación personal transcurridos los 02 días hábiles siguientes a que el iniciador recepcione acuse de recibido o constante, por cualquier otro medio, el

acceso del destinatario al mensaje, por tanto, los términos empezarán a correr a partir del día siguiente en que se perfecciona la notificación, para lo cual se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el

afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de

expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación contra el auto que negó la nulidad por indebida notificación de la demanda, advirtiendo que conforme los antecedentes normativos expuestos, el artículo 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, condicionado por la sentencia C-420 de 2020, permitió agotar la notificación personal enviado la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio suministrado por el interesa, sin necesidad de previa citación o aviso, notificación que se entiende surtida luego de 02 días hábiles siguientes

a que el iniciador recepcione acuse de recibido o constante, por cualquier otro medio, el acceso del destinatario al mensaje.

Revisado el expediente, advierte la Sala que mediante correo electrónico del 30 de abril de 2021, el **DEMANDANTE** envió demanda y sus anexos al correo procesosjudiciales@colfondos.com.co (archivo “02Anexo”); posteriormente, tras ser admitida la demanda, la parte actora allegó documento expedido por ENVIAMOS COMUNICACIONES S.A.S., que certifica que el 20 de enero de 2022 se remitió envió electrónico con notificación personal de **COLFONDOS S.A.** al mismo correo electrónico antes señalado, la cual fue recibida en la dirección electrónica de destino a las 15:55:21 horas del mismo día de envió (Pág. 15 a 17 archivo “12ConstanciaNotificacion20220429”).

Así las cosas, contrario lo afirmado por el apoderado de **COLFONDOS S.A.**, se allegó certificado que relacionó la hora y fecha de recibido del mensaje de datos remitido al correo de notificación judicial de dicha AFP conforme su certificado de existencia y representación legal (Pág. 21 archivo “18ContestacionDeDemandaColfondos20221118”), sin que fuera necesario sello o constancia de recibido de la AFP por cuanto dicho acto fue certificado por ENVIAMOS COMUNICACIONES S.A.S.

En consecuencia, no existe mérito para revocar el auto que negó el incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio, por cuanto dicha actuación se efectuó el 20 de enero de 2022, pero **COLFONDOS S.A.** se abstuvo de allegar contestación dentro del término legal, ya que efectuó tal acto hasta el 18 de noviembre de 2022 (Pág. 1 archivo “18ContestacionDeDemandaColfondos20221118”), debiendo asumir las consecuencias procesales de tal conducta.

Procede ahora la Sala a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia de primera instancia, sin que en el presente asunto haya prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, **COLFONDOS S.A.** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque ni siquiera allegó el

formulario de afiliación, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio señaló que se le indicó que en el RAIS podría obtener una mejor pensión que en el RPM y a cualquier edad, lo que sumado a que los medios de comunicación indicaban que el ISS no era viable conllevó a su decisión de vincularse a la AFP, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del

traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, lo cual conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica

retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido en oralidad el 08 de marzo de 2023, que negó la solicitud de nulidad por indebida

notificación del auto admisorio de la demanda, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado por el demandante **NELSON MORALES HUERTAS**, identificado con CC 19210358, a través de su vinculación con **COLFONDOS S.A.** el 14 de septiembre de 2001. En consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir de la **AFP DEMANDADA** los valores aludidos en el siguiente numeral de este fallo e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados por el tiempo de permanencia del **DEMANDANTE**. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ADICIONAR el numeral **SEXTO** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba

asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

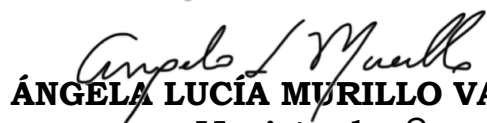
SEXTO: CONFIRMAR el auto proferido en oralidad el 08 de marzo de 2023, que negó la nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda, conforme la parte motiva de esta providencia.

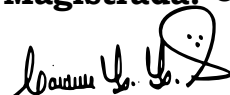
SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEX/NDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NELSON MORALES HUERTAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2021 00211 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.38-2020-00464-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante **ANA JHEXENIA DÍAZ GUTIERREZ** contra la sentencia del 21 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 01:27:16, enlace archivo "16ActaFallo20201021"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ANA JHEXENIA DÍAZ GUTIERREZ llamó a juicio a **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y la terminación injusta del mismo y, en consecuencia, se condene al pago de salarios, auxilio de transporte, prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no pago de intereses a las cesantías, dotaciones, indemnización moratoria, cotizaciones a seguridad social, indemnización por despido, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indexación, condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que entre el 12 de junio de 2013 al 16 de septiembre de 2020 entre las partes existió un contrato

de trabajo a término indefinido, en virtud del cual prestó los servicios de *mesera* en los restaurantes de la Calle 72 y Calle 93 (sic) de propiedad de la demandada; que cumplió un horario de lunes a sábado de 7:00am a 5:00pm y recibía como salario la suma de \$33.000 diarios; que el 17 de marzo de 2020 la demandada le manifestó que ya no había más trabajo y que llamara después a ver que hacían, que en varias oportunidades llamó y le dijeron que no la conocían; que los restaurantes se encuentran funcionando y no ha recibido el pago de salario, vacaciones y prestaciones sociales (pág. 9 a 17, archivo “06Subsanacion20210115”)

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO se opuso a las pretensiones. Expreso que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación demandada*, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la innominada o genérica (pág. 1 a 16, archivo “10ContestacionDemanda20210326”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:27:16, enlace archivo “16ActaFallo20201021”).

El 21 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por ANA JHEXENIA DÍAZ GUTIERREZ. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: EXCEPCIONES** Dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. **TERCERO: COSTAS** lo serán a cargo de la demandante, en firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de la demandada. **CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, Consúltese con el Superior.”

Como fundamento de su decisión el Juez expuso que los establecimientos donde la demandante dice haber prestado el servicio,

no son de propiedad de **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO**, como persona natural, pues son propietarios dos personas jurídicas, y en una de ellas CLAUDIA MARCELA actuó como representante legal, por lo que por su condición acudía al restaurante La Mulera Calle 73 a cumplir alguna función e impartir instrucciones por ser representante de un eventual empleador que lo sería el dueño del establecimiento, pero no la demandada, a quien no se le puede imponer la carga laboral en la forma pretendida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se accedan a las pretensiones. Adujo que cuando se presentó la demanda, la misma fue inadmitida porque el despacho tuvo en cuenta los certificados de existencia y representación de la entidad Carmen & Milagros SAS porque eran establecimientos de comercio y que en la sentencia si les dio plena validez; que se probaron los requisitos específicos para la existencia del contrato de trabajo, la testigo fue clara en cuanto a que la actora trabajó para CLAUDIA MARCELA en uno de los restaurantes de su propiedad, que devengó un salario, la actividad que se desempeñaba, el horario que tuvo que cumplir y la iniciación de su relación laboral hasta su terminación.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada solicitó se confirme el fallo de primera instancia. No hubo pronunciamiento de la parte actora.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados a favor de la demandada y, de ser así, verificar los demás elementos de la existencia del contrato de trabajo y la procedencia o no de las prestaciones económicas reclamadas.

VII. CONSIDERACIONES

- **Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues revisado el material probatorio allegado y recaudado en el juicio, contrario a lo afirmado por el recurrente, se concluye que la demandante no demostró haber prestado servicios personales a favor de **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO**, razón por la cual no opera la presunción legal del elemento subordinación, como indiciario de la existencia de un contrato de trabajo.

Para llegar a la anterior conclusión se observa que en audiencia celebrada el 21 de octubre de 2022, se recaudó el testimonio de Karen Liliana Ruiz Huertas (*min. 41:58, enlace archivo "16ActaFallo20201021"*), quien señaló haber sido compañera de trabajo de la demandante en el restaurante La Mulera de la Calle 73, desde el 2013 hasta 2019; señaló que durante la prestación del servicio, **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO** era la persona principal que le daba órdenes a la actora y quien le pagaba el salario diario, pues era la dueña de los restaurantes; precisó el horario de trabajo y afirmó que después del año 2019 se enteró que ANA también prestó los servicios en el restaurante La Mulera de la Calle 97, aspecto

que concuerda con lo señalado por la propia accionante en su interrogatorio (*min. 20:55, enlace archivo “16ActaFallo20201021”*).

Sin embargo, ese testimonio no es prueba fehaciente de que esos servicios que prestó la demandante eran en beneficio exclusivamente de quien señala haber sido su empleadora. Al contrario, sus afirmaciones se realizaron con la convicción de que la propietaria de los restaurantes era **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO** y por eso la consideraban como su contratante, situación que no se compadece con lo acreditado en el juicio.

En efecto, con la demanda se adosaron dos certificados de matrícula de establecimientos de comercio. El primero, de fecha 09 de noviembre de 2020, que da cuenta que el verdadero propietario del restaurante Mulera Calle 73 era la sociedad Carmen & Milagros S.A.S., inscrita en esa calidad desde el año 2010, sin que dentro del mismo pueda desprenderse relación alguna con la persona natural aquí demandada (*pág. 4 y 5, archivo “02Anexos”*). El único vinculado demostrado entre esa sociedad y **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO** es la que ella misma aceptó en el interrogatorio, donde indicó que era la representante legal de dicha compañía (*min. 03:55, enlace archivo “16ActaFallo20201021”*).

Y el segundo certificado corresponde al establecimiento de comercio denominado Calle 97, cuyo propietario es la sociedad Doce Rosario Quince S.A.S., con fecha de inscripción del 25 de julio de 2019 (*pág. 6 y 7, archivo “02Anexos”*), sin que sobre el particular haya confesión alguna por la demandada.

En ese escenario, es evidente que el testimonio referido si menciona aspectos inductivos o indicativos de la prestación del servicio de **ANA JHEXENIA DÍAZ GUTIERREZ**, como mesera, pero a favor de los restaurantes Mulera Calle 73 y Mulera Calle 97, y no en beneficio de **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO**, dado que

estos establecimientos no eran de su propiedad. Y los verdaderos propietarios no fueron demandados ni vinculados en este juicio.

Precisa la Sala, que en los términos del artículo 167 del CGP le correspondía a la parte demandante probar de manera clara y sin lugar a dudas por lo menos la prestación personal del servicio en favor de la demandada, único elemento para que operara la presunción del artículo 24 del CST. Si **ANA JHEXENIA DÍAZ GUTIERREZ** pretendía que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO**, por lo menos ha debido aportar las pruebas documentales o testimoniales adicionales que sustentaran su dicho, no obstante, ninguna prueba útil aportó para probar este supuesto.

Y respecto de la inconformidad expuesta en la alzada relacionada con el auto inadmisorio de la demanda, debe señalarse que fue la parte demandante quien con su acción puso en funcionamiento el servicio de administración de justicia y era ella quien debía determinar el sujeto o los sujetos contra quien se dirigía la demanda ordinaria, aspecto que no hubo lugar a dudas, no solo con el escrito inicial sino con el documento de subsanación, donde claramente se establece que desde el comienzo la intención fue de vincular como parte demandada a **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO**, como propietaria del establecimiento de comercio denominado Mulera Calle 73. En todo caso, la parte interesada no formuló ningún reproche contra las providencias de impulso proferidas por el *a quo* y tampoco adecuó la demanda, pudiendo hacerlo, en la oportunidad procesal correspondiente, para vincular correctamente a los verdaderos propietarios de los restaurantes.

Así las cosas y dado que de las pruebas aportadas al expediente no se establece que **ANA JHEXENIA DÍAZ GUTIERREZ** prestó servicios en favor de la demandada **CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO**, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

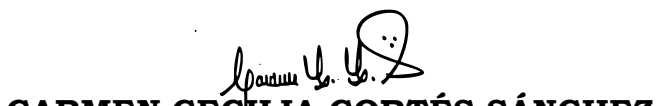
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.40-2021-00453-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **MARIA ROCIO DAZA HOYOS** contra la sentencia del 16 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones condenatorias (*min. 58:40, archivo “27AudienciasArticulos7780CPTSS20230316”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARIA ROCIO DAZA HOYOS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 04 de septiembre de 2018, junto con el retroactivo causado hasta el 1° de marzo de 2021, intereses moratorios y costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** un total de 1.732 semanas hasta el 31 de enero de 2021 y cumplió 57 años de edad el 9 de octubre de 2017; que el 4 de septiembre de 2018, solicitó la pensión de vejez al considerar haber

reunido los requisitos legales, prestación que fue negada en resoluciones SUB2261 del 8 de enero de 2019 y SUB9741 del 15 de enero de 2020 bajo el argumento de encontrarse en curso una investigación preliminar, la cual se tardó más de dos años; y que a través de la Resolución SUB53947 del 26 de febrero de 2021 le fue reconocida la pensión a partir del 1° de marzo de 2021.

Manifestó que el 13 de abril de 2021 presentó solicitud de revocatoria directa contra el citado acto administrativo, solicitando el reconocimiento a partir del 04 de septiembre de 2018, fecha de la petición inicial, siendo denegada a través de la Resolución SUB157998 del 07 julio de 2021 (*pág. 5 a 10, archivo “08SubsanacionDemandaApoderadoActora”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, las semanas cotizadas, los actos administrativos, el reconocimiento pensional y las peticiones presentadas. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 16 a 32, archivo “17ContestacionDemandaColpensiones”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 58:40, archivo “27AudenciasArticulos7780CPTSS20230316”*)

El 16 de marzo de 2023, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: DECLARAR** que a la demandante señora María Rocío Daza Hoyos causó su derecho pensional a partir del 4 de septiembre de 2018, conforme a lo expuesto en esta motiva o decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de *cobro de lo no debido e inexistencia del derecho* formulado por parte de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en consecuencia se abstiene el Despacho de pronunciarse de los demás medios exceptivos formulados, conforme a lo expuesto. **TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** a la demandada

*Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones condenatorias incoadas en su contra por parte de la demandante María Rocío Daza Hoyos, esto es, al pago del retroactivo pensional conforme a las razones expuestas en esta motiva o en esta decisión. **CUARTO:** en el evento en que esta decisión no sea objeto de apelación se dispone su remisión en consulta ante el Tribunal Superior de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS. Igualmente, se remitirá en los aspectos en lo que resulta desfavorable a los intereses de COLPENSIONES. **QUINTO:** Sin condena en costas, ante su no causación. (...)*

Para resolver el Juez indicó que, si bien la desafiliación del sistema pensional mediante la presentación de la novedad de retiro es la regla general para entrar a disfrutar de la pensión, de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJ mediante el estudio de otros actos es posible inferir la voluntad del afiliado de cesar sus cotizaciones y por ende acceder a su disfrute. Que la demandante cumplió 57 años de edad el 09 de octubre de 2017 y solicitó la pensión de vejez el 04 de septiembre de 2018, fecha para la cual ya contaba con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, que la actora solicitó nuevamente el reconocimiento de su pensión el 12 de junio de 2020, petición ante la cual COLPENSIONES accedió a dicho reconocimiento pero a partir del 1 de marzo de 2021, por lo que dedujo que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez desde la petición inicial.

Sin embargo, precisó que no es era posible tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad al 4 de septiembre de 2018 y hasta el mes de febrero de 2021, por lo que al calcular la mesada a 2018 con un IBL de toda la vida laboral de \$1.817.628,66, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 73.34 se obtiene una mesada de \$1.333.048.86, valor que al actualizarlo al año 2021 arroja la suma de \$1.450.692.60, es decir, un monto muy inferior al reconocido por la demandada **COLPENSIONES**. Y si se tiene en cuenta el IBL de los últimos 10 años, esto es, la suma de \$2.395.647.25, al aplicarle una tasa de remplazo de 72.97%, da como resultado una mesada de \$1.748.103.80, valor que al actualizarlo al año 2021 asciende a \$1.903.376,82, suma inferior a la otorgada por la demandada, motivo

por el cual concluyó que por favorabilidad no había lugar al pago del retroactivo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia y, en su lugar, se ordene el reconocimiento del retroactivo de la pensión de vejez. No hubo pronunciamiento de **COLPENSIONES**.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **MARIA ROCIO DAZA HOYOS** tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 04 de septiembre de 2018, junto con intereses moratorios y costas procesales.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARIA ROCIO DAZA HOYOS** nació el 09 de octubre de 1960 (*pág. 23, archivo “04Anexos”*) y cotizó un total de 1.732 semanas (*reconocido por Colpensiones en la Resolución SUB53957 del 26 febrero de 2021, pág. 11 a 20, archivo “04Anexos”*); **ii)** la demandante presentó solicitud de

reconocimiento pensional el 04 de septiembre de 2018 (*pág. 28, archivo “04Anexos”*); **iii) COLPENSIONES** mediante Resolución SUB2261 del 08 de enero de 2019 advirtió que la Gerencia de Prevención de Fraude de dicha entidad estaba llevando a cabo una verificación preliminar, por lo que una vez finalizada la misma procedía a resolver el derecho pensional, situación que fue reiterada en Resolución SU9741 de 15 de enero de 2020 (*pág. 11, 28 a 30, archivo “04Anexos”*); **iv)** La demandante el 12 de junio de 2020, elevó nuevamente solicitud de reconocimiento pensional (*pág. 11, archivo “04Anexos”*); **v)** El fondo de pensiones a través de la Resolución SUB53947 otorgó la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2021, en cuantía inicial de \$2.028.491 (*pág. 11 a 20, archivo “04Anexos”*); **vi)** contra el citado acto administrativo la accionante presentó solicitud de revocatoria directa el 13 de abril de 2021 reclamando el pago del retroactivo pensional desde el 04 de septiembre de 2018, petición que fue resuelta de forma desfavorable en Resolución SUB157998 del 07 de julio de 2021 (*pág. 2 a 10, archivo “04Anexos”*).

- **Sobre la fecha de disfrute del derecho pensional**

Por regla general la pensión de vejez debe pagarse a partir del día siguiente a la fecha del último periodo cotizado al sistema; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad del trabajador era la de retirarse del sistema, sin que así lo hubiera podido hacer, o porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez, o por la actitud asumida por la administradora de pensiones al no reconocer la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de requisitos (*SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021, SL2061-2021 y SL 414 de 2022*).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme con la documental incorporada en el expediente, se tiene que **MARIA ROCIO DAZA HOYOS** adquirió su estatus pensional el 09 de octubre de 2017, en virtud de la Ley 797 de 2003, fecha para la cual cumplió 57 años de edad (*pág. 23, archivo “04Anexos”*) y tenía reportadas más de 1.300 semanas cotizadas al sistema pensional (*pág. 31 a 34, archivo “04Anexos”*), aspecto que fue reconocido por la propia demandada en la Resolución SUB53947 del 26 de febrero de 2021 (*pág. 11 a 20, “04Anexos”*). Igualmente, la última cotización que se acreditó en el plenario fue la correspondiente al periodo enero de 2021 (*pág. 15, archivo “04Anexos”*).

Por lo anterior, en aplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, incorporado al Sistema General de Pensiones, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en principio si bien la pensión se causó en el año 2017 (09 de octubre) tan solo su disfrute podía materializarse desde el momento de la desafiliación de dicho Sistema o desde la última cotización, caso en el cual no se podía disponer cuestión diferente.

Sin embargo, no puede soslayarse que la demandante **MARIA ROCIO DAZA HOYOS** presentó su primera solicitud pensional desde el 04 de septiembre de 2018, fecha para la cual ya tenía cumplido los requisitos para ser beneficiaria de la prestación por vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que se debe corroborar su situación particular para determinar si se aplica el citado precedente jurisprudencial que le permita acceder a la prestación en una fecha diferente a la establecida en el citado Acuerdo.

Al respecto, encuentra la Sala que la demandante no demostró su voluntad de no seguir vinculada al régimen pensional y tampoco hubo algún error de la administración que la privara injustificadamente de acceder al derecho pensional, pues no se presentó comportamiento conducente a negar dicha prestación.

En efecto, pese a que **MARIA ROCIO DAZA HOYOS**, presentó dos veces solicitud de reconocimiento pensional, en ningún momento dejó de cotizar, continuó vinculada a través de la Caja de Compensación Familiar Compensar (*pág. 31 a 43, archivo “04Anexos”*) realizando aportes de forma ininterrumpida. Dichas cotizaciones no se realizaron con ocasión o como consecuencia de decisiones de la administración, sino de la voluntad de la afiliada de seguir aportado para financiar su prestación pensional, las cuales, en todo caso, le sirvieron para incrementar el ingreso base de liquidación y acreditar una mayor densidad de semanas, en beneficio del monto pensional que le fue reconocido.

Además, esa manifestación de permanecer como activa cotizante se infiere del hecho de que, pudiendo hacerlo, no cuestionó la decisión inicial tomada por **COLPENSIONES** en la Resolución SUB2261 del 08 de enero de 2019, a través de la vía administrativa o por los mecanismos judiciales respectivos, de forma oportuna, y no hay elementos probatorios adicionales que demuestren la necesidad o urgencia del retiro formal o presuntivo del sistema que permitiera realizar un análisis distinto.

Ahora, **COLPENSIONES** al responder la solicitud prestacional a través de la Resolución SUB2261 del 08 de enero de 2019 (*pág. 28 y s.s., archivo “04Anexo”*) no estudió de forma puntual el derecho a la pensión, sino que lo dejó en suspenso mientras se adelantaba un proceso de verificación preliminar, por intermedio de la Gerencia de Prevención de Fraude, invocando como norma sustantiva el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011, ejercicio investigativo que fue reiterado a la afiliada en Resolución SUB9741 del 15 de enero de 2020 (*pág. 11, archivo “04Anexo”*), aspecto sobre el cual no se presentó controversia.

Posteriormente, la entidad demandada expresó en el contenido de la Resolución SUB53947 del 26 de febrero de 2021 que realizaron los requerimientos respectivos internos a la Gerencia de Prevención del Fraude, con el fin de validar el estado de la investigación administrativa, quien, en oficio del 05 de febrero de 2021, informó que “Como se indicó

*en RI, es bloqueo preventivo, es decir, es por si se genera alguna alerta al interior de la entidad, pero la Gerencia de Prevención de Fraude no adelanta verificación particular frente al caso, si bien la fiscalía lo relacionó, es mas por temas de estafa al ciudadano en el trámite del traslado, el caso en bz y liq ya se encuentra desbloqueado”, lo que conllevó a que la entidad diera por surtida la actuación, estudiara la prestación pensional y reconociera el derecho a favor de **MARIA ROCIO DAZA HOYOS**.*

Y si bien se puede cuestionar el tiempo tan extenso que tuvo **COLPENSIONES** para determinar si se había presentado alguna situación irregular, ese trámite administrativo no truncó el derecho pensional de la demandante, tampoco generó algún perjuicio a la afiliada, o por lo menos no se demostró en este juicio, y para la fecha de reconocimiento (1° de marzo de 2021), no se configuraron elementos suficientes que permitan establecer una fecha de disfrute pensional diferente a la señalada en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Además, para la fecha en que se expidió la Resolución SUB53947 del 26 de febrero de 2021, no se tenía certeza si a **MARIA ROCIO DAZA HOYOS** la empresa COMPENSAR le había aportado cotización pensional para el periodo de febrero de 2021 o había reportado la novedad de retiro, siendo procedente únicamente otorgar el disfrute pensional a partir del primer día del mes siguiente al acto administrativo, como en efecto ocurrió.

Refuerza lo anterior el hecho de que la historia laboral aportada al expediente, de fecha 21 de enero de 2021, da cuenta que el último periodo cotizado a ese momento era diciembre de 2020, sin novedad de retiro, y la demandada en el acto de reconocimiento pensional reconoció que el último periodo cotizado fue de enero de 2021, es decir, para ese momento no habían cesado las cotizaciones.

Bajo el anterior análisis, no se dan los presupuestos para reconocer el retroactivo pensional en la forma solicitada, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

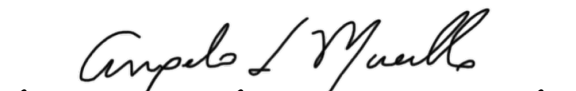
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

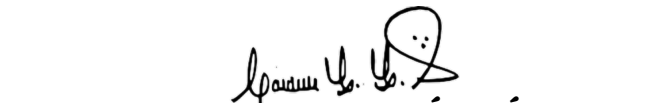
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-04-2019-00133-02
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	ADALBERTO DIAZ DIAZ
DEMANDADA	WISE LTDA
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-05-2020-00040-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	DAVID BORRERO CASTAÑEDA
DEMANDADA	CHEVRON PETROLEUM COMPANY
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-05-2021-00563-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	MARIO ENRIQUE MENDOZA RAMIREZ
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTROS
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-05-2020-00412-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA
DEMANDADA	GRUPO ENERGIA BOGOTA S.A. ESP.
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	REVOCA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-06-2019-00649-01
TIPO ACTUACIÓN	CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE	GLADIS TORRES LADINO
DEMANDADA	PROTECCION S.A.
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-10-2020-00249-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-11-2019-00491-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	FERNANDO REY VILLAMIZAR
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-13-2019-00577-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	ROMEL JOSE LONDOÑO CAMACHO Y OTRO
DEMANDADA	PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S.
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-14-2020-00318-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	ANA BERTHA ROJAS SANMIGUEL
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-17-2021-00063-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	NUBIA ALCIRA ALVARADO QUEMBA
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-18-2021-00140-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	ZULMA VILLAR MATEUS
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTROS
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-18-2019-00426-01
TIPO ACTUACIÓN	CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE	CESAR AUGUSTO GUEVARA GARCIA
DEMANDADA	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB S.A. E.S.P
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-20-2017-00303-02
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	JOSE ANTONIO RAMIREZ ACOSTA
DEMANDADA	SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACION Y OTROS
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-21-2022-00079-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	FANNY A GONZALEZ ROZO
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-23-2022-00395-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	EDGAR GONZALEZ AREVALO
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-26-2016-00105-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ MARTINEZ
DEMANDADA	FONDO NACIONAL DEL AHORRO FNA Y OTROS
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-26-2021-00203-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	MARIA DEL PILAR HERNANDEZ CUELLAR
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTROS
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-26-2019-00396-01
TIPO ACTUACIÓN	CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE	SANDRA LILIANA VARGAS PASCAGAZA
DEMANDADA	ADMINISTRADORA MONSERRATE S.A.S.
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-26-2020-00442-02
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	MARTHA LUCIA ECHEVERRIA GARCIA
DEMANDADA	COLPENSIONES
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-28-2021-00368-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	PEDRO ANTONIO PADILLA RODRIGUEZ
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-29-2019-00481-01
PROCESO ACUMULADO	1100131050-04-2019-00710
TIPO ACTUACIÓN	CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE	GLORIA MARLEN ANGEL SOLER Y OTRA
DEMANDADA	FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-29-2022-00170-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	LUIS ENRIQUE COTE CORRAL
DEMANDADA	COLPENSIONES
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-33-2021-00524-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	MIRYAM ROSSIO LANDINEZ ARDILA
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-34-2018-00282-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	MILDRED DE JESUS SERRANO VELASQUEZ
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTROS
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-36-2018-00147-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	MANUEL MARIA GUERRERO BOLAÑOS
DEMANDADA	DRUMMOND LTD
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-36-2018-00672-02
TIPO ACTUACIÓN	APELACION AUTO Y SENTENCIA
DEMANDANTE	DIANA PATRICIA PEDRAZA ARIAS Y OTROS
DEMANDADA	FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA AUTO Y SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-38-2021-00211-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	NELSON MORALES HUERTAS
DEMANDADA	COLPENSIONES Y OTRO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA AUTO Y MODIFICA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-38-2020-00464-01
TIPO ACTUACIÓN	APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	ANA JHEXENIA DIAZ GUTIERREZ
DEMANDADA	CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN	1100131050-40-2021-00453-01
TIPO ACTUACIÓN	CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE	MARIA ROCIO DAZA HOYOS
DEMANDADA	COLPENSIONES
FECHA SENTENCIA	31 DE MAYO DE 2023
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE	DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/149>, por un (1) día hábil, hoy 04/07/2023, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 04/07/2023, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 04-2019-00133-02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes contra el fallo del 06 de abril de 2021 que declaró la existencia de varios contratos de trabajo, condenó a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, ordenó la indemnización por despido y pagó de cálculo actuarial, declaró la prescripción de los derechos causados antes del 11 de enero de 2016, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDADA** (01:25:36 archivo “01Audiencia” carpeta “Folio 258 Audiencia 06-04-21”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 10 a 30 archivo “1. 2019-00133 Expediente Físico Digitalizado”).**

ADALBERTO DIAZ DIAZ solicitó declarar un contrato de trabajo del 22 de junio de 2012 al 08 de agosto de 2018, que la *bonificación constitutiva de salario, transporte adicional código 41, auxilio de alimento código 47, gastos de movilización código 78, gastos de movilización código 79, gastos de movilización código 84, gastos de movilización código 85, gastos de movilización código 250* son factor salarial y declarar el real valor de salario, devolver los pagos por póliza

e intereses por préstamo de vivienda y reconocer trabajo suplementario, dominicales y descansos por trabajo dominical; en consecuencia, condenar a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, devolver el dinero descontado por póliza e intereses, pagar horas extras, recargo dominical y descansos por trabajo dominical, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido, indemnización moratoria, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que ingresó a laborar con **VISE LTDA** a través de un contrato a término el 22 de junio de 2012 como vigilante, labor que realizó de forma personal y bajo dependencia y subordinación de su empleador, en jornadas de 12 horas diurnas de 06am a 5pm o 6pm, jornada superior a la legal porque no residía en el trabajador, laborando domingos y festivos, registrando en libro de minutas la fecha de su ingreso y salida en su sitio de trabajo. Aseguró que el 21 de enero de 2015 su empleador efectuó préstamo para vivienda por \$25.644.153, cuya cuotas mensuales fueron deducidas del salario más intereses de 1,6% código 667 por \$559.189, sobrepasando el monto máximo legal y desfavoreciendo al trabajador con intereses anuales de 19.2%, pagando a la fecha \$25.000.000 pero por el incremento del interés al 2% por ya no pertenecer a la empresa adeuda \$47.706.074, de otra parte, se dedujo *póliza préstamo vivienda código 618* por \$53.000, de la cual no fue beneficiario al momento del despido injusto, sin conocer el objeto y cubrimiento del seguro pese pagar \$2.544.000, ya que nunca se contestó su petición sobre la entrega de la póliza.

Afirmó que el 08 de agosto de 2018, se le terminó el contrato de trabajo alegando justa causa a favor del empleador, ya que si bien AVIANCA terminó el contrato de **VISE LTDA.**, el empleador omitió reubicar al trabajador. Alegó que no se pagaron prestaciones sociales y vacaciones conforme su real salario, porque se desconoció la naturaleza salarial de la *bonificación extralegal código 41, 47, 72, 78, 79, 84, 85 y 250*, pese su pagó continuó quincenal, tampoco se

pagaron horas extras, recargo dominical y festivo y los descansos por haber laborado en dicha jornada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 156 a 176 archivo “1. 2019-00133 Expediente Físico Digitalizado”).**

VISE LTDA. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de ingreso y cargo como vigilante para AVIANCA. Aseguró que entre las partes se suscribieron 07 contratos de trabajo a término fijo, todos ellos liquidados en debida forma. El trabajador ingresó como vigilante el 22 de junio de 2012 en la empresa cliente AVIANCA, con jornada de 08 horas días y horas extras por necesidad del servicio, de las 06 a 14 horas, las 14 a 22 horas y 22 a 06 horas, de lunes a sábado con un día de descanso entre semana y de forma extraordinarias laboró festivos recibiendo el recargo o compensación de la semana siguiente, sin que el fin de la minuta fuera registrar la hora de ingreso o salida sino las novedades operativas del puesto y, en todo caso, no tiene las minutas que suscribió el **DEMANDANTE**. De otra parte, el salario fue de 01 SMLMV y canceló toda acreencia laboral considerado los factores que por ley son salario, sin existir saldo pendiente de pago ya que los conceptos reclamados en la demanda no son salario según los artículos 127 y 128 CST, porque no retribuían el servicio del trabajador y son respaldados con pacto de exclusión salarial.

Aseguró que otorgó un préstamo de vivienda al trabajador por \$28.000.000, gracias al cual el **DEMANDANTE** accedió a vivienda, sin que pueda alegar un perjuicio por tal beneficio que solicitó el propio trabajador y nadie más, siendo descontados los factores autorizados por escrito por el trabajador del 21 de enero de 2015, según los artículos 152 y 153 CST, negocio cuyas condiciones se pactaron por escrito y que incluyó una fianza que cubre por terremoto, temblor, erupción volcánica, rayo, incendio o muerte del deudor, sin cubrir amparo por terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y la liquidación final del contrato se abonó al crédito por autorización del trabajador. Interpuso las excepciones de inexistencia de

obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:25:36 archivo "01Audiencia" carpeta "Folio 258 Audiencia 06-04-21").

El 06 de abril de 2021, el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) PRIMERO: DECLARAR la existencia de varios contratos de trabajo a término fijo desde 22 de junio 2012 hasta el 08 de agosto 2018, el último de ellos tuvo vigencia desde el 22 de junio de 2018 hasta 08 de agosto de 2018 y como último salario devengó la suma de \$1.537.246. SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad VISE LTDA. a pagar las siguientes sumas: por el valor de cesantías \$1.518.986, intereses de cesantías \$182.278, prima de servicios \$1.518.986, vacaciones \$759.493, indemnización por despido sin justa causa \$16.038.600. Igualmente se condenará a pagar la indexación de las condenas impuestas. TERCERO: CONDENAR a la DEMANDADA a realizar el pago de la reserva actuarial que determina a la administradora de fondo de pensiones AFP a que se encuentre afiliado el actor para el periodo comprendido desde el 22 de junio 2012 hasta el 08 de agosto 2018, de acuerdo al salario devengado por el actor en dicho periodo. CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción de los derechos causados que se hicieron exigibles con anterioridad al 11 de enero de 2016, negar las demás excepciones propuestas QUINTO: ABSOLVER a la DEMANDADA de las restantes pretensiones formuladas en su contra. SEXTO: CONDENAR en costas a la parte DEMANDADA, fíjense las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000. (...)"

EL *a quo* indicó que el problema jurídico versaría sobre todos los hechos no aceptados para fijar la procedencia de las pretensiones.

Para resolver indicó que el **DEMANDANTE** prestó su servicio a través de varios contratos de trabajo a término fijo, sin que la múltiple celebración de este tipo de convenio sea suficiente para considerar que hubo un solo vínculo a término indefinido. Declaró prescritas las acreencias causadas con anterioridad al 11 de enero de 2016, salvo los aportes a pensión. Señaló que todo pago retributivo del servicio es salario y declaró que la *bonificación constitutiva de salario, auxilio de alimentación y auxilio extralegal de transporte* son salario habida cuenta su pago habitual y ausencia de pacto de exclusión salarial, de otra parte, consideró los montos pagados por horas extras por falta de prueba de que sea inferior al realmente devengado, por tanto, declaró como valor real del salario de 2016 \$1.135.752, de 2017 \$1.365.002

y para 2018 \$1.537.246 y reliquidó prestaciones sociales y vacaciones considerando el salario que usó la empresa en las liquidaciones, así mismo, ordenó pagar el cálculo actuarial al fondo de pensiones. Ordenó la indemnización por despido porque se alegó como causa de terminación la finalización del vínculo comercial con AVIANCA, pero la **DEMANDADA** no acreditó dicha situación, pero absolvió de la indemnización moratoria y por no consignación de cesantías porque no hubo mala fe de la empresa, quien siempre pagó lo que creyó deber y hasta otorgó préstamo de vivienda al trabajador.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó la indemnización moratoria, así como la causada por no consignación de cesantías, alegando la mala fe de la **DEMANDADA**, pues en 2018 pagó la liquidación del penúltimo contrato de trabajo sin cancelar el salario básico ni demás conceptos declarados salario en el juicio, al limitarse a pagar los conceptos 78, 84, 205 y 250 a sabiendas que por necesidad y falta de autorización el trabajador no iba a reclamar para suscribir el siguiente contrato de trabajo, a pesar del derecho del **DEMANDANTE** a percibir de forma inmediata dichos recursos. De otra parte, la **DEMANDADA** siempre conoció el verdadero valor del salario porque inclusive lo certificó incluyendo todos los conceptos que lo conformaban, sin aportar una razón o discusión convincente más allá del cambio de los nombres para excluir del salario a los auxilios de alimentación y transporte (01:27:30 archivo "01Audiencia" carpeta "Folio 258 Audiencia 06-04-21").

La **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo. Indicó que los auxilios de alimentación y transporte no son salarios por no retribuir el servicio del trabajador, así mismo, el Juez se equivocó al considerar que el testigo se refirió al auxilio legal de transporte cuando en realidad habló del auxilio extralegal, cuya destinación era cubrir gastos necesarios para que el **DEMANDANTE** prestará su servicio en el lugar donde fue asignado, lo que también aplica al otro auxilio que por mera liberalidad se reconoció para procurar la alimentación, siendo ambos excluidos

como salario en cada contrato. De otra parte, se pasó por alto que la liquidación de cada contrato no se efectuó con el salario básico sino según el salario promedio, aspecto que no valoró el Juez, quien no fijó el salario por los años diferentes a 2016, 2017 y 2018, periodos en los cuales no se pagaron las bonificaciones erróneamente consideradas salario, por lo que de mantenerse la condena al pago de cálculo actuarial no existe forma de liquidar la misma. Finalmente, la carta de terminación del contrato por mutuo acuerdo explicó las razones por las que las partes acordaron hacerlo, sin que pueda malinterpretarse ello como si el empleador hubiera alegado una justa causa (01:34:32 archivo "01Audiencia" carpeta "Folio 258 Audiencia 06-04-21").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Agotado el término, la apoderada del **DEMANDANTE** no alegó.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia de declarar que los auxilios extralegales de alimentación y transporte son salario, establecer si procede la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión, así como de la indemnización por despido, indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** entre el demandante **ADALBERTO DIAZ DIAZ** y la demandada **WISE LTDA.** se celebraron los siguientes contratos de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de vigilante: **a)** del 22 de junio de 2012 al 21 de junio de 2013, **b)** del 22 de junio de 2013 al 21 de junio de 2014, **c)** del 22 de junio de 2014 al 21 de junio de 2015, **d)** del 22 de junio de 2015 al 21 de junio de 2016, **e)** del 22 de junio de 2016 al 21 de junio de 2017, **f)** del 22 de junio de 2017 al 22 de junio de 2018; **g)** del 22 de junio de 2018 al 08 de agosto de 2018 (Pág.44, 177 a 208 archivo “1. 2019-00133 Expediente Físico Digitalizado”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró la existencia de varios contratos de trabajo, condenó a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, ordenó la indemnización por despido y pagó de cálculo actuarial, declaró la prescripción de los derechos causados antes del 11 de enero de 2016, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDADA**. Contra la anterior decisión ambas partes interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre el concepto de salario.**

El artículo 127 CST define como salario no solo la remuneración ordinaria del trabajador sino también todo lo que perciba como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada.

La H. Corte Suprema de Justicia entiende como salario todo pago que real y efectivamente retribuye el trabajo, al depender directamente de lo que haga o deje de hacer el trabajador, siendo eventual el uso de otros criterios como la periodicidad o habitualidad, permanencia, uniformidad o proporción del pago en el ingreso total para inferir la naturaleza salarial de un pago solo cuando no es del todo claro que éste

sea retributivo del servicio, sin que la facultad del artículo 128 CST permita a las partes excluir la incidencia salarial de pagos retributivos del servicio o que tenga causa en el trabajo prestado u ofrecido, tal y como se indicó en las sentencias SL Rad. 33.790 del 24 de febrero de 2010, SL8216-2016, SL13707-2016, SL4342-2020, entre otras.

En el caso bajo estudio, el *a quo* declaró como factor salarial los pagos denominados *bonificación constitutiva del salario, auxilio de alimentación y auxilio extralegal de transporte*, sin considerar que los demás pagos reclamados en la demanda ostenten dicha calidad, asunto que no fue objeto de apelación por la **DEMANDANTE**, por tanto, la Sala se abstendrá de considerar si los demás conceptos pagados al trabajador constituyen salario.

Por otra parte, advierte este Tribunal que la **DEMANDADA** expresó su inconformidad en su recurso de apelación con la decisión del *a quo* de considerar que el *auxilio de alimentación y auxilio extralegal de transporte* son salario, asunto que procede a valorar la Sala.

Revisado el expediente, no se allegó ningún pacto de exclusión salarial suscritos entre las partes y por el cual convinieran que los dos precitados auxilios no tenían naturaleza salarial, conforme el artículo 128 CST y si bien su denominación podría llevar a inferir que si finalidad no era retributiva, al referir el transporte y alimentación, lo cierto es que al no aportarse ningún documento especificó en el cual las partes fijaran de forma concreta el sentido de dicho pago, no es posible establecer fuera de toda duda que no estuvieran condicionados al servicio personal del **DEMANDANTE**, más aún cuando revisados los desprendibles de nómina se advierte que el monto de los dos emolumentos bajo estudio **variaba de conformidad con el número de días laborados**.

Es preciso recodar que la H. CSJ ha sido enfática en indicar que los acuerdos orientados a especificar que beneficio o auxilio extralegal carece de incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado sobre el rubro que cobija, por lo que toda duda sobre si un emolumento es salario debe resolverse a favor de la regla general, esto es, considerar que para todos los efectos es retributivo, tal y como indicó en las

sentencias SL1798-2018, SL4866-2020, SL986-2021, entre otras, razón por la cual no es de recibo que la mera manifestación genérica y abstracta plasmada en los contratos de trabajo sea suficiente para concluir que los auxilios estaban cobijados por un pacto de exclusión salarial.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de considerar que *auxilio de alimentación y auxilio extralegal de transporte* son salario, motivo por el cual procede a resolver la inconformidad frente la condena a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión elevada en la apelación de la **DEMANDADA**.

El apoderado de **VISE LTDA.** alegó que el Juzgado no consideró que la liquidación final de las acreencias no prescritas se efectuó según el salario promedio y no el salario básico, razón por la cual es incorrecta la diferencia a la cual fue condenada la **DEMANDADA**.

Sea lo primero indicar que la declaratoria parcial de la excepción de prescripción no fue objeto de apelación, motivo por el cual esta Sala no modificará la decisión del *a quo* de considerar que los derechos causados con anterioridad al 11 de enero de 2016 fueron objeto de dicha figura.

En relación con el valor del salario del demandante, el fallo de primera instancia concluyó que para el año 2016 ascendió a \$1.135.752, año 2017 \$1.365.002 y año 2018 \$1.537.246; revisadas las correspondientes liquidaciones de los contratos de trabajo vigentes por dichas anualidades y por el periodo que no fue objeto de prescripción, se advierte que el salario considerado para liquidar las vacaciones y prestaciones sociales, si bien fue superior al salario básico de 01 SMLMV, en todo caso es inferior al real valor del salario promedio declarado en primera instancia.

En efecto, la liquidación del contrato de trabajo vigente del 22 de junio de 2015 al 21 de junio de 2016 consideró como base de la liquidación de prestaciones sociales la suma de \$977.493 y para las

vacaciones un valor de \$864.810, cifra inferior al salario promedio declarado de \$1.135.752. Para el año 2017, la liquidación tomó como base para las prestaciones sociales la suma de \$1.025.163 y para vacaciones un valor de \$920.017, cifra inferior al salario declarado de \$1.365.002. En año 2018, se tomó en la primera liquidación la suma de \$1.085.047 para prestaciones sociales y \$995.834 para vacaciones, mientras que la segunda liquidación consideró la base de \$1.295.154 para prestaciones y \$1.277.407 para vacaciones, siendo todas las cifras inferiores al salario declarado de \$1.537.246 (Pág. 201 a 205 archivo “1. 2019-00133 Expediente Fisico Digitalizado”).

Los anteriores medios de prueba acreditan que no es cierto que el *a quo* considerada que el valor sobre el cual se pagaron las acreencias era el salario básico, por el contrario, verificó que el mismo se pagó considerado el valor promedio del salario, no obstante, dicha cifra es inferior al real valor del salario promedio declarado en primera instancia, lo que justifica la reliquidación impuesta a la **DEMANDADA**, por lo que en tal sentido se rechazan las suplicas del recurso de apelación de la empresa.

No obstante, observa la Sala que el *a quo* ordenó el pago de la reliquidación de aportes a pensión a través de cálculo actuarial, lo cual es erróneo por cuanto para el periodo comprendido entre el 22 de junio de 2012 y el 08 de agosto de 2018 existió afiliación del **DEMANDANTE** por parte de la **DEMANDADA** al Sistema General de Pensiones, por tanto, no es aplicable el literal *d)* del numeral 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al no haber omisión en la afiliación, en su lugar, procede la condena al pago de la diferencia del aporte con los intereses de mora que liquide el operador de *PILA*, en tal sentido, se modificará la condena.

De otra parte, advierte la Sala que el *a quo* guardó silencio sobre el real valor del salario para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, siendo fundada la inconformidad del apoderado de la **DEMANDADA**, según la cual el fallo no indicó el salario sobre el cual reliquidar los aportes a pensión.

Sobre este punto particular la Sala verificó que el **DEMANDANTE** se limitó a aportar algunos de los desprendibles de nómina de la segunda quincena de mayo de 2015 en adelante (pág. 52 a 95 archivo “archivo *“1. 2019-00133 Expediente Físico Digitalizado”*”), por tanto, al no existir prueba del monto cancelado con anterioridad por los auxilios declarados factor salarial, no hay mérito para imponer la reliquidación de los aportes a pensión entre el 22 de junio de 2012 al 30 de abril de 2015 al no existir prueba de que estos hubieran sido liquidados sobre un salario inferior al real.

En cuanto a los periodos en los que se allegó comprobante de nómina, la Sala efectuó la suma de los factores salariales para determinar el total del IBC sobre el cual se debió realizar el aporte a pensión y en tal sentido ordenará su reliquidación en los periodos en los cuales el IBC de los aportes ya pagado fue inferior al que se indica a continuación, pago que deberá cumplir el artículo 3.2.1.5 del Decreto 780 de 2016 en lo relativo a la aproximación de valores.

De otra parte, como quiera que se ordenará el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, procede igualmente el pago de los aportes al sistema de salud, en concordancia con lo adocinado por la H. CSJ en cuanto a la obligatoriedad del pago de aportes a salud, independientemente que se haya o no disfrutado del servicio, en obediencia al carácter contributivo del Sistema y la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema de salud SL Rad. 46.576 del 23 de marzo de 2011, SL1457-2015, SL9373-2015, SL14385-2015, SL15439-2015, SL1064-2018, SL3001-2020, SL696-2021, entre otras.

Considerando que las cotizaciones a pensión y salud se efectúan sobre el mismo IBL, conforme el artículo 15, 18, 22, 157, numeral 2 del artículo 161, parágrafo 1 del artículo 204, pago que se hará a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), conforme el Decreto 3667 de 2004 y artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1406 de 1999, compilados en el Decreto 780 de 2016, así como el 9 del Decreto 1406

de 1990, adicionado por el artículo 1º del Decreto 2236 de 1999 y compilado en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, Resolución 2388 de 2016, se tendrá en cuenta como IBC los siguientes valores, reiterando que la reliquidación de aportes solo procede por los meses en que el IBC reportado fue inferior al aquí señalado:

Pág.	Periodo	Sueldo básico	Recargos	Auxilio extralegal transporte	Auxilio alimentación	Total
84	may-15	\$ 322.175	\$ 82.460	\$ 188.706	\$ 48.000	\$ 641.341
85, 86	jun-15	\$ 515.480	\$ 108.107	\$ 274.744	\$ 104.000	\$ 1.002.331
87	jul-15	\$ 322.175	\$ 91.524	\$ 186.084	\$ 52.000	\$ 651.783
88, 89	ago-15	\$ 644.350	\$ 122.281	\$ 167.244	\$ 52.000	\$ 985.875
90, 91, 92	sep-15	\$ 644.350	\$ 89.522	\$ 326.091	\$ 36.000	\$ 1.095.963
93	oct-15	\$ 644.350	\$ 68.643	\$ 350.597	\$ 96.000	\$ 1.159.590
94	nov-15	\$ 644.350	\$ 161.796	\$ 355.835	\$ 88.000	\$ 1.249.981
95	dic-15	\$ 644.350	\$ 137.697	\$ 320.868	\$ 36.000	\$ 1.138.915
68	ene-16	\$ 344.728	\$ 99.024	\$ 196.842	\$ 52.000	\$ 692.594
69, 70	feb-16	\$ 689.456	\$ 191.818	\$ 418.351	\$ 104.000	\$ 1.403.625
71, 72	mar-16	\$ 942.256	\$ 250.006	\$ 479.095	\$ 144.000	\$ 1.815.357
73, 74	abr-16	\$ 689.456	\$ 191.818	\$ 495.915	\$ 104.000	\$ 1.481.189
78, 79	may-16	\$ 689.456	\$ 192.262	\$ 452.685	\$ 96.000	\$ 1.430.403
77	jun-16	\$ 206.837				\$ 206.837
75, 76	jul-16	\$ 643.492	\$ 144.042	\$ 337.429	\$ 80.000	\$ 1.204.963
80, 81, 82	ago-16	\$ 321.746	\$ 112.517	\$ 106.916	\$ 36.000	\$ 577.179
83	sep-16	\$ 344.728	\$ 97.920	\$ 199.121	\$ 52.000	\$ 693.769
56	ene-17	\$ 737.718	\$ 196.717	\$ 451.026	\$ 100.000	\$ 1.485.461
57	feb-17	\$ 737.718	\$ 222.417	\$ 416.933	\$ 104.000	\$ 1.481.068
58	mar-17	\$ 737.718	\$ 176.614	\$ 349.006	\$ 88.000	\$ 1.351.338
59	abr-17	\$ 737.718	\$ 186.989	\$ 530.437	\$ 92.000	\$ 1.547.144
60	may-17	\$ 540.993	\$ 143.720	\$ 345.630	\$ 72.000	\$ 1.102.343
61	jun-17	\$ 221.315				\$ 221.315
62	jul-17	\$ 737.718	\$ 170.542	\$ 459.588	\$ 84.000	\$ 1.451.848
63	ago-17	\$ 737.718	\$ 238.557	\$ 536.812	\$ 104.000	\$ 1.617.087
64	sep-17	\$ 737.718	\$ 165.165	\$ 367.373	\$ 84.000	\$ 1.354.256
65	oct-17	\$ 663.945	\$ 282.913	\$ 528.573	\$ 162.000	\$ 1.637.431
66	nov-17	\$ 737.717	\$ 267.454	\$ 480.254	\$ 130.000	\$ 1.615.425
67	dic-17	\$ 737.717	\$ 221.623	\$ 431.565	\$ 125.000	\$ 1.515.905
52	ene-18	\$ 781.242	\$ 269.561	\$ 473.432	\$ 132.500	\$ 1.656.735
53	feb-18	\$ 781.242	\$ 209.178	\$ 391.403	\$ 127.200	\$ 1.509.023
54	mar-18	\$ 781.242	\$ 280.499	\$ 507.416	\$ 137.800	\$ 1.706.957
55	abr-18	\$ 781.242	\$ 199.152	\$ 365.622	\$ 127.200	\$ 1.473.216

- **Sobre la indemnización por despido.**

El artículo 62 CST consagra las justas causas para terminar de manera unilateral con justa causa el contrato de trabajo, por parte del trabajador o empleador. Dicha norma señala que la parte que finaliza unilateralmente el contrato debe manifestar a su contraparte la causal o motivo de dicha decisión al momento de la extinción, sin que luego pueda alegar válidamente causas o motivos distintos, prohibición que ratificó el artículo 66 *ibídem*.

En los litigios sobre la validez de la terminación del contrato de trabajo, la H. CSJ señala que al trabajador debe acreditar el despido y al empleador la justa causa invocada, como indicó en las sentencias SL4547-2018, SL986-2019, SL1680-2019, SL2805-2020, SL816-2022, SL1639-2022, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que la apoderada del **DEMANDANTE** alegó que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa, mientras que la **DEMANDADA** indicó que finalizó de mutuo acuerdo en su recurso de apelación.

Revisado el escrito con el cual se finalizó la última relación laboral, se observó que en éste se indicó que por la terminación de la relación comercial entre **VISE LTDA.** y AVIANCA, las partes decidieron de común acuerdo dar por terminado el contrato de trabajo el 31 de julio de 2018 y que de prorrogarse el contrato comercial se mantendría la vigencia de la relación laboral hasta la terminación definitiva de dicho negocio (Pág. 245 archivo “1. 2019-00133 Expediente Físico Digitalizado”).

La lectura del precitado documento permite concluir que las partes finalizaron la relación laboral de mutuo acuerdo ante la terminación del vínculo comercial entre **VISE LTDA.** y AVIANCA S.A., llamando la atención que el propio contrato de trabajo suscrito el 22 de junio de 2018 estableció que la labor del trabajador sería para el desarrollo del contrato de seguridad suscrito con AVIANCA S.A. e incluyó la finalización de

dicho vínculo comercial como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato (Pág. 177 y 178 archivo “1. 2019-00133 Expediente Físico Digitalizado”) y si bien la **DEMANDADA** no lo finalizó con justa causa, en todo caso acordó con su trabajador finalizar el contrato.

Así las cosas, como en la demanda nunca se alegó que la terminación del contrato de mutuo acuerdo estuviera viciada o careciera de validez, por cuanto ni un solo hecho de la misma hizo referencia a las circunstancias como finalizó la relación laboral, ni haberse demostrado ni discutido la falta de eficacia de tal convenio, entonces no había mérito alguno para desconocer el común acuerdo de las partes para finalizar el contrato, por lo cual se revocará la condena al pago de la indemnización por despido.

- Sobre la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria.

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 estableció que el valor liquidado por cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual del trabajador en el fondo de cesantías, norma que sanciona al empleador que incumpla el plazo con el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Por su parte, el artículo 65 CST sanciona al empleador que a la terminación del trabajo no pague los salarios y prestaciones sociales, con el pago de una indemnización igual al último salario diario por cada día de retardo; conforme el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para el caso de los trabajadores que devenguen más de 01 SMLMV, se mantendrá el pago de dicha indemnización en la cantidad antes señalada por 24 meses contados desde la terminación del contrato y, a partir del mes 25 y hasta cuando el pago se verifique, se causaran intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, causados sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones.

Respecto la naturaleza de las precitadas indemnizaciones, la H. CSJ ha sido enfática en indicar que es sancionatoria, por tanto, su imposición no procede de forma automática sino previamente se debe acreditar la mala fe del empleador en el comportamiento omisivo, por tanto, si este aporta razones justificativas razonables y satisfactorias de su conducta no procede la condena, tal y como indicó en las sentencias Sl Rad. 37.048 de 2012, SL6933-2016, SL4260-2020, SL859-2021, SL2886-2022, SL4311-2022, SL567-2023, entre otras.

Descendiendo al caso concreto, la apoderada del **DEMANDANTE** alegó en su recurso de apelación que hubo mala fe de la empresa porque usó nombres para ocultar el carácter salarial de los auxilios extralegales, advirtiendo la Sala que en efecto la **DEMANDADA** pagó el *auxilio extralegal de transporte y auxilio de alimentación* de forma habitual y uniforme, sin que dichos emolumentos estuvieran respaldados por un pacto expreso de exclusión salarial y cuyo montó varió de acuerdo al número de días laborados por el trabajador cada mes.

Las anteriores circunstancias permiten inferir que no hay motivo razonable para considerar que hubo un íntimo convencimiento por parte de la **DEMANDADA** de que los dos precitados auxilios extralegales carecían de naturaleza salarial y ante la falta de esfuerzo probatorio por parte del apoderado de **VISE LTDA.** para acreditar razones objetivas que justificaran la omisión en la liquidación de las acreencias laborales considerando el real monto del salario, no es posible concluir que el comportamiento del empleador estuvo revestido de buena fe.

A pesar de lo anterior, en virtud del principio de consonancia del artículo 66A CPTSS, el Tribunal debe limitarse a las materias objeto del recurso de apelación, advirtiendo que la apoderada del **DEMANDANTE** solo cuestionó la liquidación del penúltimo contrato, sin incluir las demás relaciones laborales que existieron entre las partes y, en consecuencia, esta Sala únicamente se pronunciara respecto el único contrato cuestionado.

Fue así como la apoderada del **DEMANDANTE** cuestionó por qué la liquidación final del contrato de trabajo vigente del 22 de junio de 2017 al 21 de junio de 2018 se limitó a pagar los conceptos de nómina con código 78, 84, 205 y 250, sin incluir el pago de los salarios y prestaciones sociales.

Revisado el proceso, no le asiste razón a la apoderada respecto el presunto incumplimiento del pago de las prestaciones sociales, porque vista la respectiva liquidación se advierte que dicho concepto si fue cancelado (pág. 203 archivo “1. 2019-00133 Expediente Fisico Digitalizado”), sin embargo, no obra el pago del salario por los 21 días laborados en junio de 2018, sin que la **DEMANDADA** aportara recibo de nómina o cualquier otra prueba que acredite el reconocimiento del mismo, razón por la cual se impondrá el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST.

En cuanto el monto de dicha indemnización, conforme el artículo 65 CST, será igual al último salario diario por cada retardo en los primeros 24 meses desde la terminación del contrato de trabajo el 21 de junio de 2018 y desde el mes 25 se ordenará el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima fijada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, liquidado sobre el valor insoluto de los 21 días de salario de junio de 2021, que liquidados sobre 1 SMLMV equivalen a \$546.869.

Se aclara que si bien el *a quo* declaró que el salario promedio de 2018 fue \$1.537.246, la indemnización moratoria se liquida sobre el último salario diario y como no se aportó desprendible de nómina de junio de 2018, se tomará como salario mensual de dicho periodo el equivalente a 1 SMLMV, sin que ello implique desconocer que a partir el mes 25 se deben cancelar los intereses moratorios, por cuanto el salario promedio del **DEMANDANTE** si era superior al mínimo para 2018.

Efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se obtiene como valor de la indemnización moratoria por los primeros 24 meses la cifra de \$18.749.808, pago que deberá ser indexado considerando como IPC inicial el de junio de 2020 y como IPC final el del mes de pago:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA (primeros 720 días)					
Desde	Hasta	Días	Salario	Salario diario	Valor
21/06/2018	20/06/2020	720	\$ 781.242,00	\$ 26.041,40	\$ 18.749.808,00

En lo que respecta a la indemnización por no consignación de cesantías, advierte la Sala que la inconformidad de la apoderada del **DEMANDANTE** se centra en la presunta falta de pago de las prestaciones sociales en la liquidación del penúltimo contrato de trabajo y como quiera que se acreditó que si se efectuó ese pago y que el contrato finalizó en junio de 2018, esto es, antes de diciembre de la respectiva anualidad, entonces conforme el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el empleador no estaba obligado a consignar la cesantía de dicho año a un fondo de pensiones, por tanto, no se generó la respectiva indemnización.

- **SÍNTESIS DE LA DECISIÓN**

Resueltos todos los puntos de inconformidad de los recursos de apelación de ambas partes, la Sala confirmará la decisión del *a quo* de considerar al *auxilio extralegal de transporte y auxilio de alimentación* como factor salarial, se mantendrá la condena a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, se modificará la condena a reliquidar los aportes a pensión a través de pago del aporte con intereses de mora que liquidé el operador de PILA por los periodos en donde el IBC pagado resulte inferior al determinado en esta providencia, se revocará la condena a la indemnización por despido, se ordenará el pago de la indemnización moratoria únicamente por los 21 días de salario de junio de 2018 cuyo pagó no se acreditó y se mantendrá la absolución a la indemnización por no consignación de cesantías.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **EXCLUIR** la condena a la indemnización por despido, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **VISE LTDA.** a pagar a favor del demandante **ADALBERTO DIAZ DIAZ**, identificado con CC 85.168.075, la reliquidación de los aportes a pensión y salud, con intereses de mora que liquide el operador de PILA, por los periodos en los cuales el IBC ya reportado sea inferior al valor real del salario devengado en los siguientes periodos:

Periodo	Total
may-15	\$ 641.341
jun-15	\$ 1.002.331
jul-15	\$ 651.783
ago-15	\$ 985.875
sep-15	\$ 1.095.963
oct-15	\$ 1.159.590
nov-15	\$ 1.249.981
dic-15	\$ 1.138.915
ene-16	\$ 692.594
feb-16	\$ 1.403.625
mar-16	\$ 1.815.357
abr-16	\$ 1.481.189
may-16	\$ 1.430.403
jun-16	\$ 206.837
jul-16	\$ 1.204.963
ago-16	\$ 577.179
sep-16	\$ 693.769
ene-17	\$ 1.485.461
feb-17	\$ 1.481.068
mar-17	\$ 1.351.338
abr-17	\$ 1.547.144
may-17	\$ 1.102.343
jun-17	\$ 221.315
jul-17	\$ 1.451.848
ago-17	\$ 1.617.087
sep-17	\$ 1.354.256
oct-17	\$ 1.637.431
nov-17	\$ 1.615.425
dic-17	\$ 1.515.905

Periodo	Total
ene-18	\$ 1.656.735
feb-18	\$ 1.509.023
mar-18	\$ 1.706.957
abr-18	\$ 1.473.216

TERCERO: ADICIONAR el numeral SÉPTIMO a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **DEMANDADA** a pagar al **DEMANDANTE** la indemnización moratoria del artículo 65, únicamente en lo que respecta al penúltimo contrato de trabajo suscrito entre las partes, por lo cual deberá pagar de \$18.749.808 por los primeros 24 meses de mora, cifra que deberá ser indexada considerando como IPC inicial el de junio de 2020 y como IPC final el del mes de pago y a partir del mes 25 deberá cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, sobre el valor insoluto de \$546.869 correspondiente a los 21 días de salario de junio de 2018 cuyo pago no se acreditó.

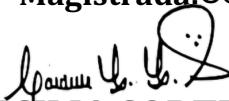
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento de voto parcial


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: ADALBERTO DIAZ DIAZ

DEMANDADO: VISE LTDA

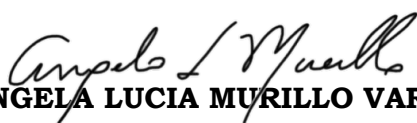
RADICADO: 11001 31 05 004 2019 00133 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento parcial de voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría:

En el presente caso se declaró como constitutivo del salario los auxilios de alimentación y extralegal de transporte y como consecuencia de ello ordenó la reliquidación y el pago de aportes a pensión y salud, sin embargo, de las pruebas obrantes en el proceso se observa que las partes en los contratos de trabajo suscritos y que obran a folios 190, 192, 194 y 196 de la carpeta expediente físico digitalizado contiene cláusula con pacto de exclusión como salario del auxilio de alimentación, el cual de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra de manera taxativa como un emolumento que puede ser excluido como factor salarial ya fuera contractualmente o convencional u otorgados en forma extralegal por el empleador.

Por la anterior razón en la modificación de la sentencia de primera instancia se debió tener en cuenta esos pactos de exclusión.


ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 05-2020-00040-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra el fallo del 14 de julio de 2021, que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (49:10x archivo “004. PARTE 3 Audiencias Arts 77 y 80 del CPTSS”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 261 a 293 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).**

DAVID BORRERO CASTAÑEDA solicitó declarar un despido indirecto el 26 de abril de 2016, que el *auxilio offshore* es salario y la nulidad de la renuncia, en consecuencia, ordenar su reintegro y pago indexado de salario, prestaciones legales y extralegales, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización de la Ley 361 de 1997e indemnización moratoria, pago de perjuicios materiales y morales, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que celebró contrato de trabajo a término indefinido con la **DEMANDADA** el 08 de abril de 1996, para el cargo de instrumentalista y con sueldo de \$711.200. Afirmó que

hubo despido indirecto y renuncia presionada a través de un contrato de transacción, que redactó unilateralmente la empresa y cuyas condiciones le fueron impuestas, sin permitirle expresar desacuerdo ni pedir modificaciones, mucho menos expresar su deseo de seguir laborando, transacción que se celebró en una reunión que organizó la empresa y durante la cual no se le permitió asesorarse o consultar a terceros, ya que se le presionó su firma inmediata, inclusive, fue la empresa la que redactó la carta de renuncia, a la vez que lo alentó a recibir la compensación para no salir sin nada, induciendo en error al trabajador indicándole que su relación podría terminar pese sus afectaciones de salud y que recibiría una compensación inferior a la indemnización por despido, tomando apenas 20 minutos aceptar la renuncia, hacer la transacción y retirarlo del servicio.

Aseguró que en la negociación nunca se hizo mención de su fuero de estabilidad laboral reforzada pese haber sido reubicado por restricciones y recomendaciones médicas, padecimientos conocidos por la **DEMANDADA** desde 2002, quien también sabía del tratamiento médico y calificación de origen laboral dada por la Junta Regional de Calificación, no obstante, la empresa evitó solicitar permiso para despedir ante el MINISTERIO DE TRABAJO y tampoco consideró que el trabajador es cabeza de hogar responsable económico de 02 hijos menores, uno de ellos discapacitado, hecho conocido por la empresa por la descripción del grupo familiar realizada en las afiliaciones a seguridad social. Aseguró que su despido lo afectó emocionalmente por la incertidumbre de cómo sostener su hogar y la transacción es nula por causa y objeto ilícitos al buscar desconocer derechos ciertos e irrenunciables del trabajador y desconocer el pago de prestaciones e indemnización aprovechando el estado de vulnerabilidad del trabajador, siendo además firmada por quien carecía de facultad para representar a la **DEMANDADA**.

De otra parte, alegó que el auxilio *offshore* es salario, pese lo cual no se consideró en la liquidación final, por lo cual deben reliquidarse las prestaciones y ordenar la indemnización por no consignación de

cesantías y moratoria, además la suma transaccional se calculó con el salario de 2015, pasando por alto el incremento salarial del 1º de abril de 2016, así mismo, reclamó la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por desconocimiento del fuero de estabilidad laboral y el reconocimiento y pago de los beneficio extralegales de beca estudiantil, medicina prepagada, bonificación por logros obtenidos y premios y la indemnización de perjuicios.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

CHEVRON PETROLEUM COMPANY se opuso a las pretensiones. Señaló que el trabajador ingresó el 08 de abril de 1996 y la relación finalizó por mutuo acuerdo el 26 de abril de 2016, luego de que la empresa redactara el ofrecimiento de \$153.729.873 y mantener la póliza de hospitalización y cirugía los 06 meses siguientes al retiro, lo que aceptó el **DEMANDANTE** en un acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo y luego en transacción que declaró a paz y salvo al empleador por cualquier concepto laboral y que imputó la suma reconocida a cualquier eventual derecho no cancelado y que fuera derivado de la relación laboral, sin que hubieran existido presiones para la firma, ni amenaza de renuncia ni acto tendiente a infundir miedo.

De otra parte, el **DEMANDANTE** cumplió su rol laboral de forma normal y habitual, ni hubo reubicación por la normalidad con que prestó el servicio sin limitaciones, por tanto, no hubo ningún acto discriminatorio en su contra por su estado de salud, ni tampoco existió incapacidad y por tanto no hubo necesidad del permiso del MINISTERIO DE TRABAJO y el propio examen médico de retiro señaló que las alteraciones no tenía relación con el trabajo, a su vez, no se acreditan los presupuestos de padre cabeza de familia ni agresión de la compañía hacia el núcleo familiar del trabajador.

Afirmó que la causa y objeto de la transacción es lícita ya que no desconoció derechos laborales ciertos e irrenunciables, tampoco hubo queja u oposición del trabajador a la propuesta, por lo cual es válida

la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, lo cual descarta la indemnización por despido y la generación de nuevos derechos laborales luego del finiquito del contrato. A su vez, el auxilio *offShore* o *costa afuera* no era salario conforme el otro sí que lo consagró, por tanto, el haber pagado de manera completa todos los emolumentos laborales al momento de la terminación, no hay mérito para ordenar las indemnizaciones por no consignación de cesantía y moratoria tras el pago de la liquidación, la cual sí consideró el salario de 2016, así mismo, la ausencia de conducta dañina de la empresa desvirtúa la indemnización de perjuicios y, en todo caso, cualquier diferencia a favor del trabajador se impura a la suma transaccional. Interpuso las excepciones de cosa juzgada, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, compensación, buena fe, prescripción y toda la que se pruebe en proceso (Pág. 313 a 355 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (49:10 archivo “004. PARTE 3 Audiencias Arts 77 y 80 del CPTSS”).

El 23 de junio de 2021, el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación. **SEGUNDO: ABSOLVER** a CHEVRON PETROLEUM COMPANY de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor DAVID BORRERO CASTAÑEDA. **TERCERO: COSTAS** a cargo de DAVID BORRERO CASTAÑEDA. Inclúyase como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual legal vigente. **CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la DEMANDANTE. (…)**”.

El *a quo* fijó como problema jurídico fijar si el **DEMANDANTE** tenía estabilidad laboral reforzada a la terminación del vínculo laboral y si dicha terminación fue eficaz. De forma subsidiaria, determinar si hay emolumentos pendientes de inclusión en la liquidación de 2016.

Para resolver indicó que el **DEMANDANTE** no tienen fuero de estabilidad laboral reforzada, por cuanto sus afectaciones de salud no le impidieron ni dificultaron sustancialmente el cumplimiento de su laboral, al confesar que realizó las mismas labores y funciones luego

de ser reasignado en un centro con menos escaleras. De otra parte, indicó que no hay prueba de que afectación de la libertad contractual del trabajador, al ser una persona mayor cuya capacidad se presume y que por ende entendía el alcance de sus actos, además meses antes conoció el rumor de que la compañía estaba retirando personal y que personas de Bogotá D.C. llegaron a su zona de trabajo, por lo cual no le fue sorpresivo que fuera llamado a conversar su retiro en una reunión de 9am a 2pm, tiempo en que inclusive el trabajador solicitó corregir su liquidación, además tenía su celular, por tanto si hubo oportunidad de asesorarse, de otra parte, la suma transaccional era superior a la indemnización legal de despido y de la Ley 361 de 1997 juntas, lo que evidencia que no había ánimo de la empresa de evitar pagos, de otra parte, no hay prueba de ninguna debilidad manifiesta o afectación al mínimo vital porque transcurrieron 04 años desde la terminación y la presentación de la demanda. Frente la liquidación, no aceptó el salario propuesto de \$11.901.502 alegado en la demanda porque omite que por ley las prestaciones se liquidan con el salario promedio y no se allegó ninguna fuente de derecho extralegal que acredite una fórmula de liquidación superior a la legal, a su vez, declaro que el auxilio *offshore* no es salario porque no dependía del servicios sino de la localización geográfica del trabajador y, en gracia de discusión, de incluirse la cantidad no prescripta como salario sería compensada por la suma transaccional, que las partes acordaron imputar a cualquier diferencia de cualquier derecho laboral.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a sus pretensiones. Aseguró que la sentencia es contraria a la Constitución y la Ley, porque no analizó la vulnerabilidad, indefensión y necesidad del trabajador, quien estaba impedido para el normal desarrollo de su labor debido a sus 03 patologías, sufriendo de dolor de rodilla, sobrepeso, obesidad y sordera, por lo cual no pudo desempeñar el servicio en altamar y por eso fue reubicado, tras lo cual la empresa buscó evadir el trámite de permiso ante el MINISTERIO DE TRABAJO a través de la imposición de la negociación de una terminación de

mutuo acuerdo para obtener un retiro rápido, negocio que menciona una renuncia que nunca se probó, por el contrario, el representante legal de la **DEMANDADA** aceptó el esfuerzo corporativo para retirar trabajadores, siendo el **DEMANDADO** sacado de su entorno laboral y encerrado en una oficina, con solo testigos de la empresa, sin permitírsele llamar a nadie ni ser advertido de que tenía fuero de estabilidad laboral ni considerado su tratamiento médico, presumiendo el Juez con la firma del trabajador que este internamente tenía deseo de finalizar su relación y entendía el alcance de su decisión, lo cual es falso porque si bien sospechaba que podía ser retirado, lo cierto es que antes de la reunión desconoció las condiciones concretas de la propuesta, en donde con un pago inferior al ingreso laboral de un año, a través de un documento preparado por la **DEMANDADA**, en un total aislamiento y ante la amenaza de que rechazar la oferta implicaba su retiro sin nada y restringiendo su libertad de información o de buscar asesoría. De otra parte, el auxilio *oofshore* es salario porque se pagó de forma habitual, permanente, retribuyendo el servicio de trabajadores de cierta zona operativa, aumentando el patrimonio y sin poder ser usado en nada por el sitio de labor en alta mar. Afirmó que el Juez omitió decretar pruebas para resolver sus dudas y aplicar el *indubio pro operario*, así mismo, no hay lugar a la condena a costas porque la **DEMANDADA** no probó sus gastos procesales (49:10 archivo “004. PARTE 3 Audiencias Arts 77 y 80 del CPTSS”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ningún apoderado de las partes presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez de la terminación del contrato de trabajo por presunta afectación del fuero de estabilidad laboral reforzada o vicios por presiones indebidas del empleador, de otra parte, determinar si el denominado *auxilio costa afuera o offshore* es salario, para determinar la procedencia de las pretensiones negadas en la sentencia de primera instancia, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* entre el demandante **DAVID BORRERO CASTAÑEDA** y la demandada **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** existió un contrato de trabajo desde el 08 de abril de 1996 y el 26 de abril de 2016, fecha en que se suscribió acta de terminación por mutuo acuerdo y transacción concluyendo dicha relación (Pág. 404, 409 a 412 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE**. Contra la anterior decisión el **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 constitucional establece la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física y mental. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, careciendo de todo efecto la terminación que

desconozca tal prohibición, conforme la interpretación obligatoria de dicha norma adoptada en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la protección se debe precisar el concepto *discapacidad*. Inicialmente se consideró que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud se activa por la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, tal norma la derogó expresamente el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, exigir el grado de pérdida de capacidad laboral es válido si refiere a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como indicó la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2841-2020, SL5427-2021, SL582-2022, SL822-2022, entre otras.

Hoy en día, el concepto *discapacidad* refiere la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o mas actividades esenciales de la vida diaria y la participación plena y efectiva en sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, conforme el artículo 1º de la Ley 762 de 2002, el artículo 1 de la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

Siguiendo la actual definición de discapacidad, la sentencia SL260-2019 señaló que el fuero de estabilidad se activa si el trabajador acredita la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% o en falta de calificación, si acredita que su estado de salud le impide o limita su capacidad de trabajo, posición reiterada en las sentencias SL572-2021, SL1404-2021, SL3144-2021, SL4228-2021, SL822-2022, entre otras, en las cuales se indicó que el principio de libertad probatoria permite que en ausencia de calificación, se infiera la discapacidad de hechos tales como incapacidad prolongada, tratamiento médico especializado, restricciones o limitaciones laborales, concepto de rehabilitación desfavorable o cualquier otra situación que demuestre una notoria, evidente y perceptible afectación, grave y severa, en la salud del trabajador que limite la realización de su trabajo.

Lo anterior concuerda con la postura de la H. Corte Constitucional, quien en sentencia C-824 de 2011 indicó que la estabilidad laboral reforzada se extiende a las personas en estado de debilidad manifiesta por salud que les impide o dificulta sustancialmente su labor con independencia de si han sido calificadas. Por su parte, las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021 reafirman que el fuero cubre no solo a quienes son calificados con un 15% o más de pérdida de capacidad laboral, sino también a quienes sufren un quebranto de salud que impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares porque ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y beneficiarse de medidas como reubicación, recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo si ocurre una justa causa.

Resulta relevante que las Altas Cortes exigen que, además de acreditar la situación de discapacidad, el empleador debe conocer dicho estado o al menos acreditar factores que permitan inferir que era notorio tal conocimiento, tal y como se indicó en las sentencias SU-049 de 2017, SU-380 de 2021, SL753-2022, SL856-2022, SL1159-2022, entre otras. Así mismo, la H. CSJ indicó en la sentencia SL5191-2019 que no se requiere un carnet de EPS o calificación para demostrar el conocimiento del empleador, ya que el carácter finalista del fuero conlleva a que sí se demuestra que el empleador conoció, por cualquier medio, de una seria y grave afectación de salud del trabajador, quede entonces obligado a ejercer cuidadosamente su potestad de terminar el contrato de trabajo, apoyándose en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su empleado, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando a las Entidades respectivas el análisis del caso.

En cuanto la carga de la prueba de este fuero, la H. CSJ señaló en la sentencia SL1360-2018 que la finalidad de esta protección es evitar la discriminación del trabajador por su estado de salud, por tanto, si la finalización del contrato obedece a razones objetivas no

relacionadas con la salud entonces no opera el amparo y no se requiere permiso del Ministerio de Trabajo, sin embargo, si el trabajador logra demostrar en juicio que sí estaba incapacitado se presume que la finalización de su contrato fue discriminatoria, siendo carga del empleador demostrar que la terminación obedeció a circunstancias objetivas y, de no hacerlo, dicho acto se reputará ineficaz. Dicha posición fue ratificada en las sentencias SL3772-2018, SL5163-2020, SL572-2021, SL711-2021, SL679-2021 SL2237-2021, entre otras.

Descendiendo al caso concreto, de entrada advierte la Sala que el **DEMANDANTE** acreditó sufrir las siguientes afectaciones de salud: **i)** hipoacusia neurosensorial leve a moderada en oído derecho; **ii)** condromalacia patelar bilateral y en rodilla sinovitis y edema, con lesión condral grado 3A en la faceta lateral del patela, lesión condral grado 1A en el área de apoyo del cóndilo femoral interno, meniscopatía degenerativa grado II en el cuerno posterior del menisco interno, ruptura meniscal intrasustancial en el cuerpo y cuerno posterior del menisco lateral asociada con quiste parameniscal y ruptura de esperor parcial grado II menor del 50% en el fascículo anteromedial del ligamento cruzado anterior y; **iii)** diabetes mellitus Tipo II (Pág. 151 a 203 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

No obstante, el apoderado del **DEMANDANTE** confunde el concepto de *deficiencia*, entendida como la alteración de las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona, con el concepto de *discapacidad*, entendida esta última, conforme los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos, como la limitación en la realización de una actividad, diferenciación que se reitera en el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014.

En consecuencia, no basta con acreditar las afectaciones de salud, sino además acreditar que aquellas generan la imposibilidad o limitación sustancial para el desarrollo de la labor en condiciones regulares, lo cual no se acreditó en el caso bajo estudio.

En efecto, en la reconstrucción de su interrogatorio, el **DEMANDANTE** manifestó, de forma expresa que fue trasladado de las plataformas *Chuchupa A* y *B* hacia la estación Ballena, por cuanto dichas plataformas tenían muchas escaleras que afectaban aún más su rodilla derecha, aclarando que sus labores siguieron siendo las mismas en unas condiciones donde era más fácil su desplazamiento al ser mucho más plana y tener menos peldaños, ejerciendo la misma labor de control de proceso, salvo que realizaba más turno de noche (09:00, 12:37, 25:12 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

Las anteriores manifestaciones, que constituyen confesión en los términos del artículo 191 CGP, implicó la aceptación expresa, consciente y libre de que el **DEMANDANTE**, más allá de sus afectaciones de salud, prestó en condiciones de normalidad su servicio tras el ajuste razonable del traslado a la estación Ballena, reconociendo que continuó ejerciendo las mismas funciones.

Dicha confesión no resultó desvirtuada, ante la ausencia de medios de prueba que demuestren la imposibilidad o dificultad sustancial en el desarrollo de la labor, por cuanto esta Sala no evidencio registros de incapacidad, anotaciones de imposibilidad de continuar con el puesto por razones de salud, registros de medidas de reubicación en el empleo conforme el literal b) del artículo 16 del Decreto 2351 de 1965 o cualquier otro medio de convicción de una sustancial afectación en el desempeño de las funciones, al punto que el propio **DEMANDANTE** indicó haberse sentido discriminado por el cambio del nombre de su cargo para beneficiar a otros pares, a pesar de que desempeñaba las mismas funciones que ellos, esto es, reconoce que su servicio continuó sin cambios (14:50, 25:12 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

Por las anteriores consideraciones, no existe mérito para declarar la existencia del fuero de estabilidad laboral reforzada del ex trabajador y, en consecuencia, no se advierte un estado de vulnerabilidad o indefensión, por cuanto el **DEMANDANTE** no estaba impedido para el

normal desarrollo de su labor, razón por la cual se confirmará la decisión del *a quo* de no considerar la existencia de ninguna estabilidad laboral reforzada en el caso bajo estudio.

- **Sobre el mutuo consentimiento como forma válida de terminación del contrato de trabajo.**

El literal b) del artículo 61 CST establece que el contrato de trabajo termina por mutuo consentimiento.

Ahora bien, el contrato de trabajo, como acuerdo de voluntades, está sometido al cumplimiento de los requisitos generales de existencia y validez del negocio jurídico, motivo por el cual toda manifestación del empleador o trabajador, destinada a producir efectos jurídicos respecto el nacimiento, desarrollo, modificación y extinción del vínculo contractual laboral, ha de reunir los requisitos para obligarse del artículo 1502 CC, junto con el cumplimiento de las normas especiales de protección laboral, en especial del artículo 14 CST, el cual establece que las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público, por tanto, los derechos y prerrogativas por ellas concedidas son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por Ley.

Así las cosas, lo relevante para determinar si la terminación de mutuo acuerdo es válida, no es otra cosa que determinar si la manifestación del trabajador fue proferida por persona legalmente capaz, a través un consentimiento libre de vicio, que recayó sobre objeto y causa lícita.

Basta rememorar la sentencia SL4066-2021, en la cual la H. CSJ analizó la validez de los acuerdos de voluntad en materia laboral, concluyendo que aquellos gozan de plena eficacia si se verifica que carecen de vicios del consentimiento, no violan normas de orden público ni desconocen derechos ciertos e indiscutibles.

En la precitada providencia, se analizó el posible vicio por error y dolo, indicando la Alta Corte que el primero corresponde a la idea inexacta que se forma un contratante sobre algún elemento del contrato, como lo puede ser la naturaleza del acto, la identidad del objeto, su calidad o la persona con quien contrata, conforme los artículos 1510 a 1512 CC; por su parte, el dolo corresponde al engaño que una parte genera al otro para inducirlo a celebrar contrato o acto, lo que implica la conducta intencional de provocar una idea errónea o equivocada, la cual es determinante en la emisión de su declaración de voluntad.

Por su parte, el artículo 1741 CC, indica que la nulidad por objeto o causa ilícita, por la omisión de requisito o formalidad legales para el valor de ciertos actos u contratos y del acto de persona absolutamente incapaz causa nulidad absoluta, mientras cualquier otra especie de vicio causa nulidad relativa.

Descendiendo al caso concreto, el apoderado del **DEMANDANTE** se queja que el acta de terminación por mutuo acuerdo y posterior transacción carece de consentimiento válido y de causa y objeto lícito, porque se obtuvo la aceptación del trabajo bajo presión y la finalidad de los acuerdos era desconocer derechos laborales ciertos e indiscutibles.

De entrada, este Tribunal se abstendrá de considerar toda inconformidad relativa a la presunta vulneración del fuero de estabilidad laboral o falta de permiso del MINISTERIO DE TRABAJO, por cuanto ya se indicó que el **DEMANDANTE** no es beneficiario de dicha estabilidad reforzada y, aún de haberlos reunidos, el trabajador aforado puede convenir válidamente la finalización de su contrato de trabajo por mutuo acuerdo, por cuanto el fuero solo protege del despido discriminatorio por estado de salud y nada más, tal y como se indicó en la sentencia SL3144-2021, cuyos planteamiento acoge esta Sala.

De otra parte, el apoderado del **DEMANDANTE** aportó como documentos para soportar su tesis el acta de terminación por mutuo acuerdo, el contrato de transacción y la liquidación final del contrato, los cuales también allegó la empresa y que por sí solos nada acreditan respecto a presiones indebidas o vicios del consentimiento del trabajador (Pág. 40 a 45, 407 a 412 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

Pasa ahora esta Sala a revisar con especial cuidado los testimonios e interrogatorio de parte, advirtiéndole que el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó 03 testimonios, de los cuales no asistieron dos de ellos, precluyendo la oportunidad para su práctica, motivo por el cual solo se escuchó la declaración de ORLANDO DE JESÚS PUELLO CERA, quien resultó testigo de oídas porque si bien narró que el trabajador debió aceptar el acuerdo a pesar de que no quería, tal situación la conoció porque el propio **DEMANDANTE** se la contó y no porque el testigo hubiera estado presente al momento de la terminación del contrato, lo cual resta todo valor probatorio al mismo (51:28 archivo “002. PARTE 1 Audiencias Arts 77 y 80 del CPTSS”).

En consecuencia, la única prueba que le quedaba al extremo **DEMANDANTE** para probar su tesis era el interrogatorio del propio trabajador y sabido es que *nadie puede fabricar su propia prueba* y por ello el objetivo del interrogatorio de parte es generar la confesión de la contraparte y no favorecer la elaboración de su propia prueba por quien declara.

Sin perjuicio de lo anterior, el interrogatorio del **DEMANDANTE** incluyó manifestaciones que permiten inferir, la inexistencia de presiones más allá de lo razonable por parte de la empresa en la negociación de la terminación del contrato por mutuo acuerdo, tal y como pasa a exponerse.

En primer lugar, el **DEMANDANTE** manifestó conocer que la compañía tomó la decisión de terminar unilateralmente algunos

contratos de trabajo y de *arreglar* en otros, indicando que fue testigo del primer arreglo en octubre de 2015 y, para su caso particular, manifestó que la gente de recurso humano proveniente de Bogotá D.C. llegó a Riohacha 04 días antes de su reunión y entonces se esparció el rumor de que iban a *arreglar* personas, luego, 1 o 2 días antes de la reunión, fue trasladado de su sitio usual de trabajo hacia las oficinas, por lo cual presintió que le iban a proponer algo, situación que descartan que el ofrecimiento de la empresa hubiera sido sorpresivo, así mismo, permiten contextualizar que el **DEMANDANTE** conoció a de la posibilidad de que lo llamaran a arreglar con varios días de anticipación (15:55, 19:18 archivo “002. PARTE 1 Audiencias Arts 77 y 80 del CPTSS”).

En segundo lugar, el **DEMANDANTE** manifestó que la reunión inició a las 9am y terminó hacia las 1pm o 2pm, por cuanto el trabajador se percató de un error en la liquidación del contrato propuesta por la empresa, por lo cual se solicitó su corrección desde Bogotá D.C., lo que alargó el encuentro, manifestaciones que permiten inferir no solo que el trabajador tuvo a su alcance los documentos antes de firmarlos, sino que además se tomó el tiempo de verificar los conceptos y montos relacionados en la liquidación, lo que permite inferir la alta posibilidad de que también pudiera verificar los demás documentos, de otra parte, el trabajador alegó que nunca se pidió su opinión y que los valores y términos ya venían prefijados desde Bogotá D.C., no obstante, su propio dicho desvirtúa su afirmación por cuanto la reunión se extendió de 4 a 5 horas porque precisamente la empresa corrigió el error que le advirtió el trabajador, lo que descarta la presunta intransigencia de la **DEMANDADA** (16:55, 21:25 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

En tercer lugar, la duración de la reunión de 4 a 5 horas y el hecho de que el **DEMANDANTE** manifestará que siempre tuvo su celular en dicho tiempo permiten inferir que tenía la posibilidad de comunicarse y, si bien manifestó que la empresa le impidió realizar llamadas, tal afirmación no solo carece de soporte, sino que además

tiene baja probabilidad en el sentido de que las reglas de la sana crítica permiten inferir que no es usual que en un periodo tan extenso de tiempo el trabajador estuviera continuamente coaccionado para enviar mensajes o llamadas (24:25 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

A los anteriores indicios se suma el dicho del representante legal de la **DEMANDADA**, quien nunca ocultó que la empresa fue quien propuso el plan de retiro al trabajador en razón a la venta de sus instalaciones a otra compañía, reconociendo que la *negociación* de la salida del **DEMANDANTE** se desarrolló en un solo día entre las 9:00 am y 1:00 pm, aproximadamente y que la empresa hizo la reliquidación de las cifras a reconocer porque el propio trabajador al revisar encontró que faltaban algunos conceptos, los cuales fueron incluidos y ello implicó reliquidar las sumas (32:40 25 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”), manifestaciones que no solo concuerdan con el dicho del **DEMANDANTE** sino que además refuerzan el indicio de que no hubo una posición abusiva e intransigente de la empleador y que el trabajador tuvo la posibilidad de revisar las condiciones de su salida.

Así las cosas, considerando que no podía existir falta de capacidad del **DEMANDANTE**, quien es mayor de edad y se presume plenamente capaz para exteriorizar su voluntad con efectos jurídicos vinculantes (Ley 27 de 1977), al no aportarse pruebas por el extremo actor de la existencia de error, fuerza o dolo, por cuanto el propio trabajador indicó en su interrogatorio que su reunión era para *arreglarlo* lo que permite inferir que conocía que la misma lo era para dar por terminado su contrato de trabajo con mutuo acuerdo y al no verificarse objeto o causa ilícita, por cuanto el **DEMANDANTE** no solo carecía de fuero de estabilidad laboral reforzada sino además no demostró siquiera en juicio la composición de su núcleo familiar y prueba del conocimiento del empleador de la misma, lo que impide siquiera verificar si era un posible beneficiario del fuero de estabilidad reforzada como cabeza de hogar, no advierte este Tribunal ninguna

causa para invalidar los actos por los cuales se finalizó la relación laboral de mutuo acuerdo.

Ahora bien, como no hubo renuncia, tal y como alegó el propio apoderado del **DEMANDANTE** en su recurso de apelación a pesar de que ese mismo profesional anteriormente había indicado en la demanda que si la hubo y que se debía declarar nula ya que había sido presionada, que la carta de renuncia la redactó la empresa y que esta la aceptó en apenas de 20 minutos, circunstancias todas que no se probaron y que el propio abogado luego desconoció, entonces no hay mérito alguno para ordenar la indemnización por despido.

- **Sobre el concepto de salario.**

El artículo 127 CST define como salario no solo la remuneración ordinaria del trabajador sino también todo lo que perciba como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada.

La H. Corte Suprema de Justicia entiende como salario todo pago que real y efectivamente retribuye el trabajo, al depender directamente de lo que haga o deje de hacer el trabajador, siendo eventual el uso de otros criterios como la periodicidad o habitualidad, permanencia, uniformidad o proporción del pago en el ingreso total para inferir la naturaleza salarial de un pago solo cuando no es del todo claro que éste sea retributivo del servicio, sin que la facultad del artículo 128 CST permita a las partes excluir la incidencia salarial de pagos retributivos del servicio o que tenga causa en el trabajo prestado u ofrecido, tal y como se indicó en las sentencias SL Rad. 33.790 del 24 de febrero de 2010, SL8216-2016, SL13707-2016, SL4342-2020, entre otras.

En el caso bajo estudio, el apoderado del **DEMANDANTE** alegó que el denominado auxilio *offshore* o *costa afuera* era salario, pese lo cual no fue considerado en la liquidación final del contrato de trabajo, aspecto que procede a verificar la Sala.

Revisada la carpeta laboral del trabajador que allegó la empresa, **DEMANDADA**, observa la Sala que en el contrato de trabajo no se acordó el precitado auxilio, no obstante, mediante otro sí del 07 de julio de 1999 se acordó su reconocimiento, señalando que no era constitutivo de salario y que sería devengado durante los días en que efectivamente el trabajador labore costa afuera, en razón al traslado del **DEMANDANTE** a las plataformas Chuchupa A o B. A su vez, se allegó copia del otro sí del 23 de junio de 1999, que reiteró el reconocimiento de dicho emolumento en los mismo términos y condiciones pactados días antes (Pág. 93 a 95, 405 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

Atendiendo las condiciones de reconocimiento de dicho emolumento, advierte este Tribunal que en efecto es retributivo del servicio personal del **DEMANDANTE**, por cuanto su pago dependía de las condiciones en que se daba el mismo, a saber, de que su servicio fuera en alta mar.

No pasa por alto esta sala que la H. CSJ, en la sentencia SL16786-2015, concluyó razonable la decisión del *ad quem* de considerar salario un pago denominado *prima de localización* por la razón de que el auxilio se pagó en razón al servicio en un lugar donde en realidad no estuvo presente el trabajador, constituía más del 40% del ingreso y se justificada a lo largo de la relación laboral por un supuesto cambio de domicilio del empleador que en realidad se efectuó muchos años luego del inicio del contrato de trabajo.

Por su parte, en la sentencia SL5095-2020 la Alta Corte concluyó la naturaleza salarial del pago *bono de campo*, realizado por una empresa empleadora del sector hidrocarburos, que se pagó exclusivamente por el lugar donde se realizó la labor, de lo cual infirió que la razón del pago se daba con ocasión de la labor en un sitio específico, siendo un pago además habitual mes a mes.

Del mismo modo, en la sentencia SL4311-2022 la Alta Corte volvió a analizar el carácter de un *bono de campo* cancelado por una empresa

del sector hidrocarburos, oportunidad en que se analizó el argumento del empleador de que dicho emolumento no remuneraba el servicio por no tener ninguna relación con el mismo, al depender exclusivamente del lugar y no de la calidad del trabajo, tesis que se rechazó en segunda instancia, sin ser objeto de casación, por cuanto contrario a tratarse de un pago condicionado a la localización, en realidad remunera directamente el servicio prestado en cierto sitio y no en otro, así como el acatamiento de la orden de permanecer varios días en aquel lugar, siendo además un pago habitual sin reunir las condiciones del artículo 128 CST para no ser salario, al no estar destinado a mejorar las condiciones de vida del trabajador, ni para mejorar el servicio y cumplir cabalmente el objeto contractual, ni permitir el desempeño a cabalidad de sus funciones, sino que por el contrario era para beneficio personal del trabajador acrecentando su patrimonio.

Acogiendo el precedente jurisprudencial citado, revisado el caso concreto, advierte este Tribunal que el único argumento de defensa de la **DEMANDADA** fue señalar que mediante otro sí se acordó que el *auxilio offshorek o costa afuera* no era salario, acto jurídico insuficiente para demostrar, fuera de toda duda, que no se trataba de un pago remuneratorio del servicio.

En efecto, no solo resalta la Sala la insuficiente redacción de los dos modificaciones al contrato con los cuales se constituyó el auxilio, sino que además se indica que su pago depende de los días efectivamente laborado en costa afuera, sin explicar la finalidad del emolumento ni la razón por la cual no tiene naturaleza salarial (Pág. 93 a 95, 405 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

Ahora bien, el representante legal de la **DEMANDADA** indicó en interrogatorio que el **DEMANDANTE** laboró en dos plantas, una ubicada a 11 millas náuticas y la otra a 7 millas náuticas de la costa (32:40 archivo “002. PARTE 1 Audiencias Arts 77 y 80 del CPTSS”); a su vez, los comprobantes de nómina desde 1997 que allegó la empresa acreditan que desde el año 2000 fue habitual el pago del auxilio y, finalmente, el

propio dicho del **DEMANDANTE**, pese la prohibición de que nadie puede fabricar su propia prueba, al menos permiten inferir, de manera razonable, que el auxilio se pagaba al personal por el solo hecho de permanecer en una plataforma marítima (13:37 archivo “002. PARTE 1 Audiencias Arts 77 y 80 del CPTSS”).

Las reglas de la sana crítica, en especial de la lógica y experiencia, sumado al hecho de que no se aportó ni un solo elemento de prueba de que la finalidad del auxilio bajo estudio, siendo incierta la destinación que el trabajador podía darle al mismo, sumado al hecho de que la pretensión declarativa de que éste es salario se formuló como negación indefinida en los términos del artículo 167 CGP, permiten concluir que dicho emolumento no solo no se podía gastar en alimentación u alojamiento, ya que el **DEMANDANTE** estaba en una plataforma marítima en alta mar seguramente sin la posibilidad de acceder al comercio de bienes, sino que además no podía usarse para mejorar las condiciones de vida del trabajador en los días que permanecía fuera de costa, ni lo era para mejorar el desempeño de sus funciones porque de nada servía recibir el pago en la zona geográfica donde se encontraba.

Conforme lo considerado, la Sala revocará la sentencia de primera instancia en cuanto declarará que el *auxilio offshore* o *costa afuera* es salario, lo que conlleva a la prosperidad de las pretensiones relativas a la reliquidación de acreencias laborales.

Sobre este punto, el apoderado del **DEMANDANTE** incurrió en la falencia probatoria de no acreditar en juicio la fuente de las prestaciones extralegales reclamadas en su demanda y no entiende este Tribunal como pretendió obtener condena a favor por los conceptos de prima de servicios, prima de vacaciones y prima de antigüedad cuando no demostró la fuente de dichos pagos ni las condiciones en que eran reconocidos, omisión que conlleva a absolver cualquier eventual pretensión de reliquidación de los mismos.

A su vez, como quiera que el auxilio *offshore* o *costa afuera* se pagó al trabajador, no hay monto pendiente por salario y la Sala procederá únicamente a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones, los que están consagrados legalmente permitiendo conocer sus condiciones de causación y pago.

No obstante, la precitada reliquidación está afectada parcialmente por la prescripción, la cual alegó oportunamente la **DEMANDADA**. No hay duda que el contrato de trabajo finalizó el 26 de abril de 2016 y el último día de los 03 años siguientes a la terminación, esto es, el 26 de abril de 2019, se radicó la reclamación a la empresa respecto las acreencias a reliquidar, lo cual interrumpió la prescripción conforme los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS, siendo radicada la demanda y asignada al Juzgado el 13 de marzo de 2020 y contestada en enero de 2021, lo que mantuvo los efectos de la interrupción conforme el artículo 94 CGP (Pág. 204 a 217, 257, 294 a 308, 311 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

Así las cosas, las acreencias laborales causadas antes del 26 de abril de 2016 están prescritas, por cuanto no son afectadas por dicho fenómeno las generadas en los 03 años anteriores a la reclamación, por tanto, solo se pueden exigir las causadas el último día de relación laboral. Lo anterior no aplica a vacaciones y cesantías, por cuanto las primeras se generan tras un año de servicio, por lo que en la práctica prescriben las generadas 04 años antes de la reclamación, a su vez, las cesantías son exigibles desde la terminación del contrato, lo que ocurrió dentro del periodo no prescripto, por ende, procede su pago según todo el tiempo laborado, conforme la posición de la H. CSJ reiterada en las sentencias SL1901-2021, SL3345-2021, SL4633-2021, SL5019-2021, SL1639-2022, entre otras.

Como la **DEMANDADA** siempre sostuvo que el auxilio *offshore* o *costa afuera* no era salario, es razonable inferir que nunca lo consideró al liquidar prestaciones sociales y vacaciones, por tanto, para determinar el valor insoluto se tomó el valor de dicho auxilio, que se acreditó con los

resúmenes de nómina mensual aportados por la **DEMANDADA** y que registran el monto de dicho auxilio desde el año 2000 (Pág. 420 a 458 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00040 00”).

Como el valor el precitado auxilio no fue constante, se determinó su monto promedio porque las prestaciones sociales y vacaciones, en caso de salario variable, se liquidan con el promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior a su causación, conforme el numeral 2 del artículo 192 y 253 CST.

Realizado el cálculo correspondiente, el monto de lo adeudado por prestaciones y vacaciones asciende a las siguientes cifras:

mes	Auxilio offshore o costa afuera	Promedio anual
ene-00	\$ 250.740	\$ 65.338
feb-00	\$ 71.640	
mar-00	\$ 27.860	
abr-00	\$ 59.700	
may-00	\$ 71.640	
jun-00	\$ -	
jul-00	\$ 47.760	
ago-00	\$ 59.700	
sep-00	\$ 43.780	
oct-00	\$ 43.780	
nov-00	\$ 47.760	
dic-00	\$ 59.700	
ene-01	\$ 79.600	\$ 55.057
feb-01	\$ 51.740	
mar-01	\$ 39.800	
abr-01	\$ 27.860	
may-01	\$ 59.700	
jun-01	\$ 55.720	
jul-01	\$ 19.900	
ago-01	\$ 75.620	
sep-01	\$ 63.680	
oct-01	\$ 63.680	
nov-01	\$ 67.660	
dic-01	\$ 55.720	
ene-02	\$ 55.720	\$ 49.750
feb-02	\$ 47.760	
mar-02	\$ 67.660	
abr-02	\$ 63.680	
may-02	\$ 51.740	
jun-02	\$ 55.720	
jul-02	\$ 39.800	
ago-02	\$ -	
sep-02	\$ -	
oct-02	\$ 67.660	
nov-02	\$ -	
dic-02	\$ 147.260	
ene-03	\$ 51.740	\$ 53.013
feb-03	\$ -	
mar-03	\$ 3.980	
abr-03	\$ -	
may-03	\$ 7.960	
jun-03	\$ 55.720	
jul-03	\$ 47.760	
ago-03	\$ 84.000	
sep-03	\$ 98.000	
oct-03	\$ 98.000	
nov-03	\$ 84.000	
dic-03	\$ 105.000	

mes	Auxilio offshore o costa afuera	Promedio anual
ene-04	\$ 133.000	\$ 83.760
feb-04	\$ 98.000	
mar-04	\$ 91.000	
abr-04	\$ 28.000	
may-04	\$ -	
jun-04	\$ 125.884	
jul-04	\$ 22.362	
ago-04	\$ 134.172	
sep-04	\$ 134.172	
oct-04	\$ 59.632	
nov-04	\$ 96.902	
dic-04	\$ 81.994	
ene-05	\$ 126.718	\$ 80.343
feb-05	\$ 81.994	
mar-05	\$ 74.540	
abr-05	\$ 67.086	
may-05	\$ 104.356	
jun-05	\$ 19.624	
jul-05	\$ 55.300	
ago-05	\$ 102.700	
sep-05	\$ 94.800	
oct-05	\$ 55.300	
nov-05	\$ 86.900	
dic-05	\$ 94.800	
ene-06	\$ 240.000	\$ 180.000
feb-06	\$ 208.000	
mar-06	\$ 224.000	
abr-06	\$ 256.000	
may-06	\$ 256.000	
jun-06	\$ 304.000	
jul-06	\$ 128.000	
ago-06	\$ -	
sep-06	\$ 96.000	
oct-06	\$ 80.000	
nov-06	\$ 160.000	
dic-06	\$ 208.000	
ene-07	\$ 128.000	\$ 131.865
feb-07	\$ 64.000	
mar-07	\$ -	
abr-07	\$ 80.000	
may-07	\$ 140.189	
jun-07	\$ 150.453	
jul-07	\$ 200.604	
ago-07	\$ 150.453	
sep-07	\$ 150.453	
oct-07	\$ 183.887	
nov-07	\$ 167.170	
dic-07	\$ 167.170	
ene-08	\$ 123.676	\$ 145.761
feb-08	\$ 176.680	
mar-08	\$ 70.672	
abr-08	\$ 265.020	
may-08	\$ -	
jun-08	\$ 159.012	
jul-08	\$ -	
ago-08	\$ 194.348	
sep-08	\$ 176.680	
oct-08	\$ 159.012	
nov-08	\$ 159.012	
dic-08	\$ 265.020	
ene-09	\$ 106.008	\$ 178.307
feb-09	\$ 282.688	
mar-09	\$ 31.504	
abr-09	\$ 229.684	
may-09	\$ 57.300	
jun-09	\$ 191.000	
jul-09	\$ 95.500	
ago-09	\$ 76.400	
sep-09	\$ 191.000	
oct-09	\$ 343.800	
nov-09	\$ 286.500	
dic-09	\$ 248.300	
ene-10	\$ 333.200	\$ 222.133
feb-10	\$ 119.000	
mar-10	\$ 166.600	
abr-10	\$ 23.800	
may-10	\$ 309.400	

mes	Auxilio offshore o costa afuera	Promedio anual
jun-10	\$ 333.200	
jul-10	\$ 142.800	
ago-10	\$ 166.600	
sep-10	\$ 333.200	
oct-10	\$ 238.000	
nov-10	\$ 333.200	
dic-10	\$ 166.600	
ene-11	\$ 404.600	\$ 267.750
feb-11	\$ 261.800	
mar-11	\$ 333.200	
abr-11	\$ 190.400	
may-11	\$ 333.200	
jun-11	\$ 190.400	
jul-11	\$ 190.400	
ago-11	\$ 285.600	
sep-11	\$ 333.200	
oct-11	\$ 166.600	
nov-11	\$ 166.600	
dic-11	\$ 357.000	
ene-12	\$ 166.600	\$ 281.633
feb-12	\$ 333.200	
mar-12	\$ 380.800	
abr-12	\$ 166.600	
may-12	\$ 190.400	
jun-12	\$ 214.200	
jul-12	\$ 166.600	
ago-12	\$ 452.200	
sep-12	\$ 357.000	
oct-12	\$ 214.200	
nov-12	\$ 404.600	
dic-12	\$ 333.200	
ene-13	\$ 285.600	\$ 289.567
feb-13	\$ 380.800	
mar-13	\$ 214.200	
abr-13	\$ 190.400	
may-13	\$ 261.800	
jun-13	\$ 190.400	
jul-13	\$ 261.800	
ago-13	\$ 404.600	
sep-13	\$ 333.200	
oct-13	\$ 333.200	
nov-13	\$ 333.200	
dic-13	\$ 285.600	
ene-14	\$ 95.200	\$ 157.467
feb-14	\$ -	
mar-14	\$ -	
abr-14	\$ 142.800	
may-14	\$ 142.800	
jun-14	\$ 166.600	
jul-14	\$ 357.000	
ago-14	\$ 380.800	
sep-14	\$ 33.200	
oct-14	\$ 547.400	
nov-14	\$ -	
dic-14	\$ 23.800	
ene-15	\$ 166.600	\$ 119.000
feb-15	\$ 190.400	
mar-15	\$ 190.400	
abr-15	\$ 119.000	
may-15	\$ -	
jun-15	\$ 380.800	
jul-15	\$ -	
ago-15	\$ 166.600	
sep-15	\$ -	
oct-15	\$ -	
nov-15	\$ -	
dic-15	\$ 214.200	
ene-16	\$ 190.400	\$ 333.200
feb-16	\$ 261.800	
mar-16	\$ 523.600	
abr-16	\$ 357.000	

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES							
Desde	Hasta	Días	Auxilio	Cesantías	Intereses cesantía	Prima Servicios	Vacaciones
1/01/2000	31/12/2000	360	\$ 65.338	\$ 65.338	Prescrito	Prescrito	prescrito
1/01/2001	31/12/2001	360	\$ 55.057	\$ 55.057			

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES							
Desde	Hasta	Días	Auxilio	Cesantías	Intereses cesantía	Prima Servicios	Vacaciones
1/01/2002	31/12/2002	360	\$ 49.750	\$ 49.750			
1/01/2003	31/12/2003	360	\$ 53.013	\$ 53.013			
1/01/2004	31/12/2004	360	\$ 83.760	\$ 83.760			
1/01/2005	31/12/2005	360	\$ 80.343	\$ 80.343			
1/01/2006	31/12/2006	360	\$ 180.000	\$ 180.000			
1/01/2007	31/12/2007	360	\$ 131.865	\$ 131.865			
1/01/2008	31/12/2008	360	\$ 145.761	\$ 145.761			
1/01/2009	31/12/2009	360	\$ 178.307	\$ 178.307			
1/01/2010	31/12/2010	360	\$ 222.133	\$ 222.133			
1/01/2011	31/12/2011	360	\$ 267.750	\$ 267.750			
1/01/2012	31/12/2012	360	\$ 281.633	\$ 281.633			
1/01/2013	31/12/2013	360	\$ 289.567	\$ 289.567			
1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 157.467	\$ 157.467			
1/01/2015	25/04/2015	114	\$ 119.000	\$ 37.683			
26/04/2015	31/12/2015	246	\$ 119.000	\$ 81.317			\$ 40.658
1/01/2016	25/04/2016	114	\$ 333.200	\$ 105.513			\$ 52.757
26/04/2016	26/04/2016	1	\$ 333.200	\$ 926	\$ 0,31	\$ 3	\$ 463
Total				\$ 2.467.183	\$ 0,31	\$ 3	\$ 93.878

Determinado el monto adeudado, advierte la Sala la imposibilidad de impartir condena contra la **DEMANDADA**, porque en el acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y en el contrato de transacción, las partes acordaron que sería imputable a los \$153.729.783 cualquier diferencia que eventualmente pudiera derivarse de derechos originados en la relación laboral que los unió, siendo oportunamente alegada la excepción de compensación, por lo que la suma de \$2.561.064 resultó ampliamente cubierta con la suma transaccional.

No ocurre lo mismo con el pago de aportes a pensión y salud, que pese no ser solicitados en la demanda, resultan ser un derecho mínimo, irrenunciable e imprescriptible del trabajador dependiente.

Lo anterior acogiendo la postura de la H. CSJ por la cual el pago de aportes a salud es obligatorio, así no se haya disfrutado del servicio, debido el carácter contributivo del Sistema y la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema de salud SL Rad. 46.576 del 23 de marzo de 2011, SL1457-2015, SL9373-2015, SL14385-2015, SL15439-2015, SL1064-2018, SL3001-2020, SL696-2021, entre otras.

A su vez, el pago de aportes a pensión procede por el total de la relación laboral, en atención a su carácter imprescriptible por su íntima

relación con la consolidación de la situación jurídica de pensionado, tal y como reiteró la H. CSJ en las sentencias SL5109-2019, SL5535-2019, SL2340-2022, SL2876-2022, entre otras.

El pago de la reliquidación de los aportes a pensión y salud se efectuará sobre el monto del auxilio *offshore* o *costa afuera* mensualizado que se acreditó en juicio, considerando que las cotizaciones a pensión y salud se efectúan sobre la misma base, conforme el artículo 15, 18, 22, 157, numeral 2 del artículo 161, parágrafo 1 del artículo 204, pago que se hará a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), conforme el Decreto 3667 de 2004 y artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1406 de 1999, compilados en el Decreto 780 de 2016, así como el 9 del Decreto 1406 de 1990, adicionado por el artículo 1º del Decreto 2236 de 1999 y compilado en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, Resolución 2388 de 2016.

- Sobre la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria.

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990, estableció que el valor liquidado por cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual del trabajador en el fondo de cesantías, norma que sanciona al empleador que incumpla el plazo con el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Por su parte, el artículo 65 CST sanciona al empleador que a la terminación del trabajo no pague los salarios y prestaciones sociales, con el pago de una indemnización igual al último salario diario por cada día de retardo, que conforme el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 para el caso de los trabajadores que devenguen más de 01 smlmv, se mantendrá el pago de dicha indemnización en la cantidad antes señalada por 24 meses contados desde la terminación del contrato y, a partir del mes 25 y hasta cuando el pago se verifique, se causaran intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, causados sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones.

Respecto la naturaleza de las precitadas indemnizaciones, la H. CSJ ha sido enfática en indicar que es sancionatoria, por tanto, su imposición no procede de forma automática sino previamente se debe acreditar la mala fe del empleador en el comportamiento omisivo, por tanto, si este aporta razones justificativas razonables y satisfactorias de su conducta no procede la condena, tal y como indicó en las sentencias Sl Rad. 37.048 de 2012, SL6933-2016, SL4260-2020, SL859-2021, SL2886-2022, SL4311-2022, SL567-2023, entre otras.

En el caso bajo estudio, todas las pretensiones relativas a la declaración del fuero de estabilidad laboral reforzada, reintegró, ausencia de validez de la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y transacción y reintegro de prestaciones extralegales fueron negadas, a su vez, la única pretensión prospera es la declaratoria de la naturaleza salarial del auxilio *offshore* o *costa afuera*, sin que ello derivada en condena alguna al no existir saldo pendiente de pago y la diferencia en prestaciones sociales y vacaciones de ley estar ampliamente compensada con la suma transaccional pagada.

Ahora bien, a pesar de que se declaró que el auxilio antes mencionado si era salario, a juicio de este Tribunal hay motivos fundados para creer que la conducta del empleador estuvo justificada, habida cuenta que el tema de pagos por la localización del trabajo es un asunto jurisprudencialmente debatido, sobre el cual no existe un notorio precedente, siendo necesario el agotamiento de un estricto y pormenorizado análisis del caso concreto para resolver la naturaleza de dicho pago.

Sumado a lo anterior, no se refleja un ánimo defraudatorio del empleador, quien no solo a pesar de no estar obligado al pago de indemnizaciones por despido o fuero de estabilidad, reconoció un pago millonario al **DEMANDANTE** como suma transaccional, mismo que supero por más de 50 veces el monto adeudado por la reliquidación de prestaciones y vacaciones declarado y que en últimas, compensó con suficiencia el pago adeudado inicialmente.

Por las anteriores consideraciones, no hay mérito para acceder a las suplicas dirigidas a ordenar las indemnizaciones por no consignación de cesantías y moratoria.

- **Síntesis de la decisión.**

Resueltos todos los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación del **DEMANDANTE**, la Sala confirmará la decisión de no declarar el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y la falta de validez de la terminación del contrato con mutuo acuerdo y transacción; se declarará que el auxilio *offshore* o *costa afuera* es salario; se negará el pago de prestaciones extralegales y salario, se declaró la prescripción y compensación de las prestaciones sociales y vacaciones legales, se ordenará el pago de aportes a pensión y salud sobre el valor del auxilio *offshore* o *costa afuera* y se negará la condena a indemnización por no consignación de cesantías y moratoria.

En cuanto la condena a costas de primera instancia se mantendrá la misma porque el apoderado del **DEMANDANTE** no puede desconocer que la parte que representa fue vencida en juicio y debe asumir tal condena conforme el artículo 365 CGP, de otra parte, toda controversia sobre el monto de la misma deberá ser resuelta en la oportunidad procesal oportuna señalada en el artículo 366 *ibidem*.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción y compensación, conforme la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** a pagar a favor del demandante **DAVID BORRERO CASTAÑEDA** al pago de aportes por pensión y salud, liquidados sobre el valor mensual del *auxilio offshop* o *costa afuera* señalado en la parte considerativa de esta sentencia. Para el cumplimiento de esta orden, la **DEMANDADA** deberá realizar el pago a la entidad administradora de pensión y salud a la cual se encontraba afiliado el **DEMANDANTE** para los periodos objeto de pago.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. con salvamento de voto parcial


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: DAVID BORRERO CASTAÑEDA

DEMANDADO: CHEVRON PETROLEUM COMPANY

RADICADO: 11001 31 05 005 2020 00040 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento parcial de voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría:

En el presente caso se declaró como constitutivo del salario los pagos que pactaron las partes como no constitutivo del salario bajo el concepto de auxilio *off shore o costa afuera*, y como consecuencia de ello ordenó “el pago de aportes a pensión y salud, que pese a no ser solicitados en la demanda, resultan un derecho mínimo e irrenunciable e imprescriptible del trabajador dependiente”, sin embargo, al tener en cuenta primero el pacto de las partes sobre que dichos emolumentos no constituían salario, los cuales son válidos de conformidad con el artículo 128 del CST, y, que la pretensión de pagos de aportes a la salud y pensiones no se encuentran incluidas en la demanda se debió confirmar la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, porque si bien el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social al ser estudiado por la Corte Constitucional indicó que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador, es de anotar que esta facultad no implica que el tribunal pueda ejercer las facultades ultra y extra petita que están específicamente consagradas para los jueces de primera instancia de manera exclusiva.

Ahora, so pretexto de garantizar derechos mínimos e irrenunciables, se ejerció facultades ultra y extra petita, pese a que el tribunal carece de competencia legal respecto de ellas, y, en ese orden de ideas, no había lugar a modificar la sentencia de primera instancia, sino confirmar la misma.

ANGELLA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 05-2021-00563-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 24 de octubre de 2022, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** (43:38 archivo “16AudienciasArts77y80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 38 archivo “02DemandaAnexos”).**

MARIO ENRIQUE MENDOZA RAMÍREZ, solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS el 11 de mayo de 1983; que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** el 28 de marzo de 1996 ; se vinculó a **PORVENIR S.A.** el 31 de marzo de 1998, a COLPATRIA AFP hoy **PORVENIR S.A.** el 18 de mayo de 1999 y retornó a **COLFONDOS S.A.** el 25 de enero de 2001, administradoras que no suministraron información clara y

completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que solicitó su retorno al RPM y devolución de recursos a las **DEMANDADAS**, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación al ISS; traslado al RAIS y de AFP y que negó la petición de retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, pero el afiliado no demostró las falencias alegadas en la demanda y, en todo caso, su traslado al RAIS es válido y conforme a la normatividad vigente para entonces y no puede retornar al RPM por la restricción de traslado por edad y afectación a la sostenibilidad fiscal del Sistema. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, *responsabilidad sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 2 a 26 archivo “04ColpensionesContestación”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó que no anuló la vinculación del afiliado. Aseguró que suministró información clara, veraz, precisa y suficiente sobre los regímenes pensionales y consecuencias de permanecer en uno u otro al afiliado, quien tomó la decisión informada de vincularse a la AFP conforme las normas vigentes para la fecha. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 2 a 27 archivo “05PorvenirContestación”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado al RAIS y de AFP y que rechazó la petición de retorno al RPM. Señaló que brindó asesoría integral y completa de las características de los regímenes pensionales y las implicaciones en la formación del derecho pensional de permanecer en uno u otro, tras lo cual el afiliado decidió vincularse a la AFP, sin que haya motivo para privar de efectos tal acto jurídico. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.**, prescripción, compensación y pago (Pág. 3 a 21 archivo “06ColfondosContestación”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (43:38 archivo “16AudienciasArts77y80”).

El 24 de octubre de 2022, el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor MARIO ENRIQUE MENDOZA RAMÍREZ a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del DEMANDANTE, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de COLFONDOS S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes únicamente. QUINTO: en caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES. (...)”.

EL *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP tienen el deber de informar las características de los regímenes pensionales y consecuencias del traslado, siendo responsables de acreditar el cumplimiento de dicha obligación sin que sea suficiente la firma de preformas genéricas en el

formulario de afiliación, más aún cuando está en peligro la dignidad en el disfrute del derecho a la seguridad social, cumplimiento que no se acreditó, por lo cual accedió a las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que el **DEMANDANTE** ejerció su derecho de libre selección de régimen pensional en reiteradas oportunidades, siempre escogiendo el RAIS, lo cual demuestra su deseo de permanecer en el mismo, de otra parte, el afiliado era responsable de validar la legislación sobre pensiones y **COLPENSIONES** no tuvo injerencia ni participación en las faltas reprochadas a **COLFONDOS S.A.**, por lo cual debe ser absuelta (45:02 archivo “16AudienciasArts77y80”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Olga Teresa Rodríguez García, identificada con CC 52.272.884 y TP 233.440 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar el fallo que la absolvió de toda condena. Agotado el término, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **MARIO ENRIQUE MENDOZA RAMÍREZ** nació el 26 de marzo de 1959 (Pág. 132 archivo “02DemandaAnexos”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al ISS del 11 de mayo de 1983 al 31 de agosto de 1995, cotizando 230,71 semanas (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_2256-20220509115923” carpeta “04.1ColpensionesExpedienteAdministrativo”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS** del 28 de marzo de 1996, efectivo a partir del 1º de mayo de 1996 (Pág. 22 a 24 archivo “06ColfondosContestación”); *iv)* el **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** con formulario del 31 de marzo de 1998, efectivo a partir del 1º de mayo de 1995, luego se trasladó a COLPATRIA AFP hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 18 de mayo de 1999, efectivo a partir del 1º de julio de 1999, tras lo cual retornó a **COLFONDOS S.A.** mediante formulario del 03 de noviembre de 2000, efectivo a partir del 1º de enero de 2001, AFP donde sigue vinculado (pág. 72 a 77 archivo “05PorvenirContestación”, Pág. 22 a 24 archivo “06ColfondosContestación”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivo su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para

garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de estos por el afiliado las exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posteriores traslados de AFP.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS y entre AFP porque siempre se le aseguró que tendría una mejor pensión que en el ISS y a menor edad, pero nunca recibió explicación de cómo lograr tal beneficio, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al

RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha

indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Costas de primera instancia a cargo de las **AFP DEMANDADAS** y que deberán ser liquidadas por el *a quo*. Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**

PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, por el tiempo de permanencia del **DEMANDANTE**. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero del fallo de primera instancia para en su lugar **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, por el tiempo de permanencia del **DEMANDANTE**. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia a cargo de las **AFP DEMANDADAS**, las cuales deberá ser liquidadas por el *a quo*.

CUARTO: ADICIONAR el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los

perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARIO ENRIQUE MENDOZA RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2021 00563 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.05 2020 00412 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **GRUPO ENERGIA BOGOTÁ S.A. ESP** en contra de la sentencia del 27 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la nulidad de la renuncia presentada por **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA**, ordenó su reintegro, pago de salarios, vacaciones, aportes a seguridad social, la suma de 50 SMLMV por perjuicios morales, la publicación del acta de la sentencia en la página web de la demandada, junto con el pago de costas y agencias en derecho (*min. 01:51:38, archivo "002. Audiencia Art 80 del CPTSS. Proceso ordinario No. 11001310500520200041200-20210927_111234-Grabación de la reunión"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA llamó a juicio al **GRUPO ENERGIA BOGOTÁ S.A. ESP** para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, se declare que la renuncia presentada ante la empresa se produjo bajo el influjo y despliegue de

actos de presión y fuerza psicológica del empleador, que viciaron su consentimiento; en consecuencia, solicita declarar la nulidad de dicho acto, la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, el reintegro al cargo, junto el pago de salarios, vacaciones, aportes a seguridad social, 100 SMLMV por perjuicios y daños morales, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó que el 24 de octubre de 2017 asistió a entrevista para postularse al cargo de asesor en el área de Gerencia de Ingeniería, fecha para la cual se encontraba vinculado laboralmente con la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS - CREG, como profesional especializado grado 24; que en ese mismo día fue requerido por la sociedad comercial Cosinte Ltda., para la práctica de visita domiciliaria, como parte del estudio de seguridad requerido para el ingreso a la sociedad demandada, la cual fue realizada al día siguiente, dejándose reportado por escrito que se encontraba laborando para la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG.

Que el día 25 de octubre de 2017, a petición de Yenny Díaz Sanabria, Asesora III de Gestión Humana de la sociedad demandada, remitió vía correo electrónico sus certificaciones laborales, dentro de las cuales incluyó la certificación laboral emitida por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG; que el 1º de noviembre de 2017, fue informado de su elección para desempeñar el cargo de asesor II, por lo que aceptó las condiciones de la oferta laboral; que a partir del 2 de noviembre de 2017, presentó carta de renuncia ante la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS y se vinculó contractualmente con el **GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. ESP** el 8 de noviembre de 2017, mediante contrato de trabajo a término fijo de un año, con un salario bajo la modalidad integral.

Expresó que el 23 de noviembre de 2017, fue citado de manera intempestiva y sin previa convocatoria, a una reunión de carácter obligatorio y urgente, en la oficina de Vicepresidencia de Transmisión del **GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. ESP** donde se encontraban

presentes Yenny Diaz Sanabria asesora III de Gestión Humana, Héctor Graffe, Gerente de ingeniería de la Vicepresidencia de Transmisión, Ernesto Moreno Vicepresidente de Transmisión del GEB y una abogada del GRUPO ENERGIA; que en el desarrollo de la reunión Yenny Díaz Sanabria lo intimidó psicológicamente, reprochado insistentemente que había faltado gravemente a la verdad durante el proceso de selección, al no informar sobre su relación laboral con la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG; que en esa reunión le solicitaron insistentemente que redactara de su puño y letra carta de renuncia voluntaria, como una oportunidad de no dañar su trayectoria profesional y tachar su hoja de vida, y en caso contrario se le entregaría inmediatamente la carta de despido con justa causa.

Dice que les manifestó a los asistentes que no había omitido informar sobre su vinculación con la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG, ya que había compartido los certificados laborales de su experiencia laboral, por lo que les solicitó conceptuar esta situación con la presidencia del **GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. ESP**, a fin de solicitar la revisión de la presunta inhabilidad y que se le autorizara acudir a la asesoría de un profesional y/o tercero imparcial, con el fin de consultar la supuesta inhabilidad no informada, petición que, dice, fue desistida sin argumentos y de forma arbitraria; que ante la presión psicológica ejercida por Yenny Diaz Sanabria asesora III de gestión humana y la abogada de la compañía, mediando un alto grado de perturbación emocional, presentó carta de renuncia a su cargo; que, redactada y firmada la carta de renuncia, esta fue revisada por la abogada de la demandada, quien le exigió que ubicará dentro de la carta de renuncia la expresión “Asunto: Renuncia voluntaria”.

Que en horas de la noche del 23 de noviembre de 2017, realizó el envío de un correo electrónico a Ernesto Moreno en calidad de Vicepresidente de Transmisión de la demandada, adjuntando su hoja de vida y solicitando ayuda para conseguir trabajo; que para la fecha de terminación del contrato no contaba con otra oferta laboral ni la posibilidad de percibir ingresos que le permitieran sufragar los gastos de su hogar; que solicitó en tres ocasiones (27 de noviembre, 1° de

diciembre y 4 de diciembre de 2017), una reunión con la directora de gestión humana de la demandada, con el propósito de presentar los argumentos que permitieran identificar la inexistencia de la inhabilidad y con ello subsanar las razones que fueron utilizadas para provocar su renuncia; que el 12 de enero de 2018, solicitó ante el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, concepto relacionado con la presunta inhabilidad para trabajar en el **GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. ESP**, por haber laborado en la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS - CREG, entidad que, bajo el concepto número 20186000028131, señaló que podía vincularse en cualquier tiempo a una empresa de servicios públicos de carácter mixto; finalmente que, el 16 de octubre de 2020, radicó ante la demandada sociedad **GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. ESP**, carta de reclamación de derechos laborales (*pág. 1 a 25, archivo "002. 20.11.2020 DEMANDA"*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. ESP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la entrevista realizada al demandante el 24 de octubre de 2017, la aceptación de las condiciones laborales, la certificación laboral de la CREG, la fecha de ingreso, el salario, la fecha de terminación, las funciones realizadas y la presentación de las peticiones. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, cobro de lo no debido, buena fe, pago y prescripción (*pág. 1 a 25, archivo "010. 31.05.2021 CONTESTACIÓN PARTE 1"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:51:38, archivo "002. Audiencia Art 80 del CPTSS. Proceso ordinario No. 11001310500520200041200-20210927_111..."*)

El 27 de septiembre de 2021, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"PRIMERO: DECLARAR NULA la renuncia del señor FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA de fecha 23 de noviembre de 2017. En su lugar, se

*declara que la renuncia no fue ni libre ni voluntaria y en la misma se vulneraron los derechos fundamentales del demandante. **SEGUNDO: CONDENAR** al GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ a reintegrar al señor FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA al cargo que se encontraba desempeñando, a partir del 24 de noviembre de 2017, junto con el pago de salarios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, teniendo en cuenta su modalidad de pacto salario integral, el cual deberá ser reajustado teniendo en cuenta los reajustes aplicados por el GRUPO para este tipo de trabajadores, por los años subsiguientes. **TERCERO: CONDENAR** al GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. ESP a pagar al señor FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago por concepto de daño moral. **CUARTO: ORDENAR** al GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. ESP que, en su sitio web oficial, en primera página al lado derecho del link “Trabaje con Nosotros” deberá crearse, publicarse y ubicarse un link en que se diga “ACTA DE SENTENCIA. FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA. RENUNCIA PROVOCADA” y que al darle clic lleve al usuario a observar el acta de esta sentencia, este link deberá permanecer en la página web del GRUPO DE ENERGIA DE BOGOTÁ durante seis (6) meses y no deberá tener ningún problema técnico. **QUINTO: COSTAS** a cargo de la demanda. Inclúyase como agencias en derecho la suma de quince millones de pesos, valor en que se estiman las agencias a cargo de la demandada.”*

Como fundamento de su decisión el Juez señaló que conforme con la Sala Laboral de la H. CSJ la renuncia como acto jurídico del trabajador debe ser la expresión de su voluntad, libre, sin ningún tipo de presiones o insinuaciones para que se pueda concluir que existió dicho acto jurídico, y de no estar demostrada esa voluntad, la consecuencia es su nulidad y, por ende, las cosas deben restablecerse en el punto donde se encontraban. Al punto, dedujo que el derecho de libertad del trabajador se vio vulnerado por la demandada, dado que no había ningún indicio de que el deseo del demandante era renunciar.

Señaló que en el proceso obran comunicaciones y correos electrónicos que dan cuenta de que FRANCISCO estaba intentando

ingresar al proceso de selección del grupo de energía, superó los requisitos, le dieron la bienvenida, se aprecia como posteriormente comienza a realizar su gestión, los proyectos, reuniones, sin ningún inconveniente, y después de todo ese esfuerzo sin explicación alguna aparece extrañamente renunciando el 23 de noviembre de 2017; que con las declaraciones de Héctor Eduardo Graffe Cantillo y Ernesto Moreno Restrepo se logró establecer la existencia de la reunión por parte de gestión humana, la molestia de gestión humana sobre el hecho de que FRANCISCO no hubiese informado su vinculación con la CREG y de que debía darse una solución inmediata al caso dada la inhabilidad, estos testigos manifestaron que no era intención de FRANCISCO renunciar, que se le vio afectado emocionalmente, que solicitó que el caso se escalara a la propia Presidencia del Grupo para que se concluyera que no se encontraba inhabilitado ni en ninguna prohibición legal por haber tenido un cargo de profesional universitario en la CREG; que la empresa no le recibió las solicitudes y lo que hizo fue presionarlo para que renunciara o si no se procedería con el despido injusto, por lo que el personal de talento humano ejerció presión para que redactara y firmara una renuncia totalmente provocada y ajena a su libre albedrío. Que los dictámenes aportados refuerzan como indicio los demás elementos probatorios. Por tal razón declaró la nulidad de la renuncia, ordenó el reintegro, el pago de salarios, vacaciones y aportes a seguridad social.

Respecto del daño moral señaló que al establecerse que la renuncia no fue libre y voluntaria y al escuchar la declaración de la esposa del demandante, se advierte esa aflicción que sufrió FRANCISCO. Además de ordenar el pago por daño moral, ordenó como reparación la publicación del acta de la sentencia en la página web de la demandada.

III.RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que se encuentra acreditado que la finalización del contrato entre las partes, obedeció a

la carta de renuncia presentada por **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA**, en la cual se detalla que se presentó como manifestación libre y espontánea de separarse del cargo; que no hubo presión ni coacción por parte de los funcionarios del Grupo de Energía de Bogotá frente a las circunstancias que se aluden acaecieron en la reunión del 23/11/2017; que en el proceso de selección del que fue objeto el demandante para ingresar al grupo, se tuvo en cuenta precisamente todos los antecedentes laborales, incluso la certificación laboral que da cuenta de la vinculación que tuvo el actor con la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, por lo que no podía reprocharla de manera posterior aludiendo la generación de inhabilidad en su desempeño del cargo.

Insiste que en el interrogatorio el actor lo que hizo fue reiterar lo señalado en la demanda, sin incorporar elementos nuevos, por lo que no hubo confesión; que las declaraciones rendidas en esta audiencia de Héctor Graffe y Ernesto Moreno en ninguna de ellas se alude una coacción indebida ni presión de las personas que intervinieron en esa reunión; que las personas de gestión humana no le insistieron o lo persuadieron o le plantearon o lo indujeron a presentar la renuncia; que el demandante luego de esa reunión decide presentar su renuncia, y no existen elementos que permitan concluir que esa no era su intención, pues precisamente de puño y letra hizo la comunicación.

Que en el contrato de trabajo da cuenta en la Cláusula Quinta que ese vínculo estaba sujeto a un periodo de prueba de 2 meses, es decir, para cuando se lleva a cabo la reunión el 23 de noviembre de 2017, el demandante se encontraba en periodo de prueba, por lo que si el grupo hubiera pretendido terminar ese vínculo laboral le bastaba con terminar el contrato en el periodo de prueba, sin derecho al pago de indemnización, por lo que no existen razones lógicas por las cuales se pretendía coaccionar a presentar la renuncia. Que el demandante en vinculaciones anteriores tampoco muestra permanencias largas en sus empleos. Considera que se deben desechar los argumentos de los dictámenes que se acompañaron con la demanda puesto que adolecen

de errores de fondo y de forma que harían que estas pruebas fueran desestimadas: las conclusiones no son objetivas, y aunque se anuncia la trayectoria y trabajo realizado por los especialistas y los discriminan, no se aportan los soportes correspondientes, que den cuenta de la realidad de su dicho.

Dice que la nulidad de la renuncia no resulta acertada en la medida en que el demandante no cuenta con ningún fuero especial de protección que impida la posibilidad de su retiro ni existe lesión de los derechos fundamentales, y no hay prueba de la presión indebida ni de la coacción. De forma subsidiaria solicita se considere que en este caso no resulta procedente el reintegro, sino la indemnización por despido sin justa causa. Que no existe prueba del daño moral generado y la esposa del actor no cuenta con ese grado de imparcialidad. Y finalmente, pretende que se revoque la orden de publicación de la sentencia en la página web del grupo de energía de Bogotá, dado que esa condena no hace relación con el proceso laboral (*min. 01:57:33, archivo "002. Audiencia Art 80 del CPTSS. Proceso ordinario No. 11001310500520200041200-20210927_111234-Grabación de la reunión"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. La parte demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la configuración de los requisitos para declarar la nulidad de la renuncia presentada por el demandante, en caso afirmativo, establecer sus efectos, si se probaron perjuicios morales y la viabilidad de la orden de publicación de la sentencia en la página web de la demandada, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: *i)* entre **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA** y **GRUPO ENERGIA BOGOTÁ S.A. ESP** existió un contrato de trabajo a término fijo de un año, a partir del 08 de noviembre de 2017 (*pág. 69 a 74, archivo “011. 31.05.2021 CONTESTACIÓN PARTE 2”*); *ii)* **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA** fue contratado para desempeñar el cargo de Asesor II Gerencia de Ingeniería Vicepresidencia de Transmisión y devengó salario integral (*pág. 69 a 74, archivo “011. 31.05.2021 CONTESTACIÓN PARTE 2”*); *iii)* mediante comunicación del 23 de noviembre de 2017 **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA** dio por terminado el contrato de trabajo por renuncia, la cual fue aceptada por el **GRUPO ENERGIA BOGOTÁ S.A. ESP** el 27 de noviembre siguiente (*pág. 129 y 133, archivo “003. 20.11.2020 PRUEBAS”*).

- Sobre la terminación del contrato por renuncia

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que el literal b) del artículo 61 del CST consagra que el contrato de trabajo termina por mutuo consentimiento, norma que ha sido interpretada como la fuente legal que consagra la renuncia, entendida como la manifestación unilateral del trabajador de dar por terminado el contrato de trabajo, la cual al ser aceptada por el empleador configura la terminación por mutuo acuerdo.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que la renuncia afectada por vicios del consentimiento no equivale a un despido sin justa causa, por cuanto implica en sí misma la ineficacia de la declaración de voluntad del trabajador, lo que conlleva a que el contrato de trabajo deba ser restituido al estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad, conforme el artículo 1746 del CC, en armonía con el artículo 19 del CST.

En efecto, en la sentencia SL Rad 22.482 del 30 de septiembre de 2004, la H. CSJ señaló que la consecuencia de una renuncia con vicios del consentimiento es la nulidad y al no producir efectos, se genera la restitución al estado en que las partes se hallarían de no ser por el acto nulo, lo que conlleva a la condena al pago de salarios conforme el artículo 140 CST, prestaciones sociales y pagos a seguridad social, posición reiterada en la sentencia SL3089 de 2014. A su vez, en la sentencia SL4823 de 2020, se analizó el caso de una trabajadora que al momento que presentó renuncia sufría de trastornos mentales, afectando su capacidad volitiva, lo cual desvirtuó la presunción de capacidad del artículo 1503 CC siendo nula absoluta la renuncia conforme con lo dicho en la sentencia SL3827 de 2020, mientras que las nulidades por vicio del consentimiento son relativas.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que las partes celebraron un contrato de trabajo a término fijo a partir del 08 de noviembre de 2017, vinculó laboral finalizado por renuncia de **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA** el 23 de noviembre de 2017, la cual el actor considera que fue provocada, y así fue resuelta en primera instancia, donde se declaró la nulidad de la renuncia y se ordenó el correspondiente reintegro.

Para resolver los argumentos elevados en la alzada, sea lo primero indicar que conforme la H. CSJ la renuncia es una manifestación unilateral del trabajador para terminar el contrato de trabajo, de manera consciente, libre, espontánea y alejada de cualquier

tipo de constreñimiento, la cual puede ser nula si se acredita vicio del consentimiento (nulidad relativa) o cuando no se acreditan los requisitos para obligarse (nulidad absoluta), tal y como ha indicado la Alta Corte en las sentencias Rad 22.482 del 30 de septiembre de 2004, SL3089 de 2014, SL18541 de 2017, SL3827 de 2020, SL4823 de 2020, entre otras.

Igualmente, es necesario recordar que conforme con el precedente del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, con arreglo a los artículos 1508 a 1516 del CC, 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 (SL16539-2014, SL10790-2014, SL13202-2015 y SL572-2018).

El artículo 167 del CGP, establece que la carga de la prueba de los hechos corresponde a la parte que persigue las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, por tanto, si el demandante alega la nulidad de su renuncia le corresponde probar los vicios del consentimiento alegados en su demanda.

En el presente asunto, no hay controversia alguna de que el 23 de noviembre de 2017, el demandante fue citado por su empleador a una reunión en horas de la tarde donde se encontraban presentes **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA**, Yenny Díaz Sanabria asesora III de gestión humana, Héctor Eduardo Graffe Cantillo gerente de ingeniería de la vicepresidencia de transmisión, Ernesto Moreno Restrepo Vicepresidente de transmisión y la abogada Andrea Fernández, todos empleados del **GRUPO ENERGIA BOGOTÁ S.A. ESP.** así quedó probado con las declaraciones recaudadas.

Ahora para conocer las particularidades acaecidas en dicha reunión se escuchó a **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA**, quien al rendir interrogatorio se ratificó en lo planteado en la demanda y mencionó además el impacto emocional causado con la decisión de terminar el contrato de trabajo “*min. 19:08, archivo “001. Audiencias*

Arts. 77 y 80 del CPTSS. Proceso ordinario No. 11001310500520200041200-20210923_193917-Meeting Recording”.

Se recaudó el testimonio de Héctor Eduardo Graffe Cantillo, quien manifestó que FRANCISCO se presentó a un cargo vacante en la gerencia de ingeniería; que, luego de la vinculación del actor, recibió una llamada de la empresa donde le dijeron que FRANCISCO tenía una inhabilidad y por consiguiente que no debió haber sido contratado, por lo que informó dicha situación a talento humano; que el 23 de noviembre de 2017, finalizada la tarde, se llevó a cabo una reunión, donde estuvo presente, y las personas de talento humano, Yenny Díaz Sanabria y la abogada Andrea Fernández, le expusieron a Francisco la inhabilidad existente por haber laborado con la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG, por lo que el demandante al finalizar la reunión tomó la decisión de renunciar. Manifestó que la gente de talento humano en esa reunión si le insinuaron al actor que debía renunciar so pena de un despido, que le decían lo despedimos o presente su renuncia; que FRANCISCO estaba muy golpeado emocionalmente, conmocionado y desesperado por la situación y dijo que le dieran la oportunidad de demostrar que no estaba inhabilitado, pero que le pasaron una hoja y un esfero para que redactara la carta de renuncia; que tanto él como Ernesto Moreno, vicepresidente de transmisión, no manifestaron nada, pues se limitaron a escuchar a gestión humana (*min. 04:47, archivo “002. Audiencia Art 80 del CPTSS. Proceso ordinario No. 11001310500520200041200-20210927_111234-Grabación de la reunión”*).

Y se recibió la declaración de Ernesto Moreno Restrepo quien manifestó que en el GRUPO ENERGIA BOGOTÁ estaban requiriendo una persona para acompañar el ejercicio que hacían en la vicepresidencia de transmisión para la estructuración de proyectos; que recibieron la hoja de vida del demandante, la sometieron a un proceso de selección, y 15 días después de estar vinculado se estableció por parte de gestión humana que había una inhabilidad, por haber estado vinculado con la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG, por lo que decidieron que había que

solucionar esa inhabilidad, dado que el ingeniero FRANCISCO no había informado ese aspecto en el proceso de selección; que el 23 de noviembre de 2017, se llevó a cabo una reunión en su oficina, donde gestión humana le planteó a FRANCISCO la necesidad de solucionar esa inhabilidad de forma inmediata; que la representante de gestión humana señaló que habían dos alternativas o la terminación del contrato o la renuncia voluntaria del ingeniero; que no vio que la intención del señor Francisco al ingresar a esa reunión era la de renunciar a su contrato de trabajo, por el contrario, manifestó en varias ocasiones que no existía inhabilidad alguna, solicitó que pusieran a consideración de la presidencia de la compañía si existía esa inhabilidad o no; que FRANCISCO estuvo muy angustiado, presentó un nivel de estrés muy alto, pues la expectativa de FRANCISCO de pertenecer al Grupo era de muchos años atrás, venía haciendo un esfuerzo importante de vinculación, lo tenía como una meta en su vida profesional, manifestó el dolor inmenso de tener que renunciar a la compañía; que la conversación se llevó en buenos términos, muy concreta en señalar la inhabilidad y que FRANCISCO renunció porque se le planteó la necesidad de darle solución a la inhabilidad (*min. 17:48, archivo "002. Audiencia Art 80 del CPTSS. Proceso ordinario No. 11001310500520200041200-20210927_111234-Grabación de la reunión"*).

Del análisis de estos medios de persuasión para la Sala no existe prueba suficiente que permita acreditar los vicios del consentimiento alegados por el trabajador, como lo sostiene la recurrente.

Quedó plenamente demostrado que con ocasión de una presunta inhabilidad para ejercer el cargo en la empresa de servicios públicos, por haber laborado el demandante al servicio de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG, el área de talento humano en reunión del 23 de noviembre de 2017, con el fin de solventar una situación administrativa que se presentó con la vinculación de FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA, le insinuaron que tenía dos opciones para solucionar dicha inhabilidad, o la renuncia voluntaria o el despido, sin embargo no hay elemento persuasivo que permita

identificar que fue compelido, obligado, forzado o amenazado a presentar la renuncia, carga de la prueba que recaía en la parte actora.

Tampoco que se ejerció presión más allá de lo razonable, violencia y malos tratos. La declaración rendida por Ernesto Moreno Restrepo fue concreta en señalar que, a pesar de las insinuaciones de las personas de talento humano, la conversación se llevó a cabo en buenos términos, pues el objetivo de la reunión fue muy concreto, se estaba tratando de solucionar la inhabilidad que encontró el área de talento humano.

Igualmente, no se demostró que fue inducido a error o que se puso en una situación incapaz de resistir. Es que no se puede perder de vista que el demandante no es un ciudadano lego. Es propio de las reglas de la experiencia que una persona con la trayectoria académica y profesional que tiene el demandante, sabía perfectamente la decisión que estaba tomando y la libertad con la que contaba para asumir esa determinación.

La trayectoria académica de **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA** se resume en la hoja de vida que presentó al momento de vinculación con el **GRUPO DE ENERGIA DE BOGOTÁ S.A. ESP**, donde se indica que es ingeniero eléctrico, con maestría en economía, especializaciones en finanzas y sistemas de transmisión y distribución de energía electrónica, diplomados en economía energética, regulación económica con énfasis en el sector energético, gerencia de proyectos, cursos de gerencia de proyectos, gerencia internacional del negocio de petróleo y gas y de costos marginales y tarifas de energía eléctrica, cuenta con una certificación como *Project Management profesional* y diferentes seminarios y cursos adicionales (*pág. 114 a 123, archivo "011.31.05.2021 CONTESTACIÓN PARTE 2"*).

Ahora, **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA**, acredita más de 30 años de experiencia profesional, así (*pág. 13 a 34, archivo "003.20.11.2020 PRUEBAS"*):

- Profesional especializado al servicio de Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, 07 de abril de 1987 a 25 junio de 1991.
- Jefe del Departamento de Interventoría de la Empresa de Energía de Cundinamarca, 26 de junio de 1991 a 03 octubre de 1993.
- Profesional Grado VII en la Financiera Energética Nacional, 05 de octubre de 1993 a 16 de junio de 2000.
- Director General de la Unidad de Planeación Minero Energética, 13 de octubre de 2000 a 01 de febrero de 2009.
- Docente universitario de las facultades de economía e ingeniería de sistemas de la Universidad Católica de Colombia, 24 de enero de 2000 a 08 de junio de 2008.
- Gerente Proyectos Experto en ITANSUCA S.A.S., 02 de febrero de 2009 a 20 de diciembre de 2015.
- Contrato de prestación de servicios en la Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 03 de mayo de 2016 a 18 de diciembre de 2016.
- Asesor técnico en ELECTRICARIBE S.A. ESP, 19 de diciembre de 2016 a 02 de marzo de 2017.
- Y Profesional Especializado Grado 24 en la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, 1° de junio de 2017 a 07 de noviembre de 2017.

Como se puede apreciar, su trayectoria académica y profesional siempre ha estado en el sector de energía y gas. Para la Sala dichos antecedentes no dejan duda que el demandante conocía las normas que rigen ese sector, en especial las que regulan el ejercicio de funciones en cada una de las entidades públicas y privadas para las que prestó sus servicios, en especial los conflictos de interés que surgen en el ejercicio de funciones de los servidores públicos de entidades que ejercen inspección, control y vigilancia, como es el caso de la Superintendencia de Servicios públicos, las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios y la relación entre estas y las comisiones de regulación de cada uno de los servicios públicos definidos legalmente como domiciliarios. En el presente caso, el

demandante venía de prestar sus servicios como Profesional Especializado de la Comisión de regulación de energía y Gas, renunciando a esta entidad para vincularse laboralmente con el Grupo de Energía de Bogotá, empresa de servicios públicos domiciliarios cuyo régimen tarifario, entre otros, depende precisamente de los dispuesto por el ente de regulación gubernamental, conforme lo señalan las Leyes 142 y 143 de 1994.

Además de lo afirmado por el demandante, las únicas pruebas que pueden dar fe de lo acontecido en la reunión del 23 de noviembre de 2017, son precisamente las testimoniales ofrecidas por Héctor Eduardo Graffe Cantillo y Ernesto Moreno Restrepo, sobre las que no se deduce plenamente los vicios del consentimiento que, según pregona el demandante, afectaron su declaración de voluntad.

A pesar de la situación de presión y coacción a la que fue sometido el trabajador, como se relata en la demanda, que no están probadas en el juicio, no hubo inconformidad alguna con posterioridad, mucho menos puso en conocimiento de la misma empresa o de autoridades administrativas o judiciales, oportunamente, la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

Al contrario, las manifestaciones realizadas después de presentada la renuncia muestran que dicha decisión fue realizada de forma consciente y libre. A modo de ejemplo, en el correo electrónico que remitió el actor a Ernesto Moreno el 23 de noviembre de 2017 a la hora de las 23:58, donde puso a disposición su hoja de vida, le indicó que *“Muchas gracias por ayudarme a hacer realidad mi sueño de ingresar a la EEB, aunque fue muy breve mi permanencia, la causa del retiro por razones que no dependieron de mí”*, (pág. 131, archivo “003. 20.11.2020 PRUEBAS”).

Y en correo electrónico del 27 de noviembre de 2017, dirigido a Catalina Fergusson Jaramillo, como Directora de Gestión Humana, del **GRUPO ENERGIA BOGOTA S.A. ESP**, le señaló:

“...Sin embargo, el pasado 23 de noviembre fue un día absolutamente infortunado para mí y para mi familia, ese día se dio mi retiro del GEB. Un sueño, se convirtió en un logro y después en una profunda tristeza.

... Dra. Catalina, he tenido estos días para analizar detenidamente esta situación, y por ello, de manera atenta, comedida y respetuosa, desde lo más profundo de mis sentimientos y con toda serenidad, acudo a este medio para manifestarle que me urge reunirme brevemente con usted, para que en este espacio me dé la oportunidad de presentarte los argumentos, soportados en leyes, conceptos y sentencias, por los que tengo una profunda convicción de que no estoy inhabilitado...”

En ningún momento hizo alusión a que la renuncia se dio por culpa de la compañía, por la presión, fuerza o dolo con la que actuaron los representantes del empleador. Al contrario, le expresa a la Directora de Gestión Humana que considera que no hubo inhabilidad en su vinculación, de lo que se deduce que esta fue la razón de la terminación voluntaria del contrato de trabajo.

De acuerdo con lo sucedido en este caso, le asistía razón al **GRUPO ENERGIA BOGOTÁ S.A. ESP** de poner en conocimiento del demandante la configuración de una inhabilidad, preocupación fundada en claras disposiciones legales que, por regla general, le impedían al demandante como empleado de la CREG renunciar y prestar inmediatamente sus servicios a una empresa de servicios públicos domiciliarios objeto de regulación, pues el artículo 44.2 de la Ley 142 de 1994 de manera expresa prohíbe a un servidor público de una comisión de regulación de servicios públicos pasar a prestar servicios a una empresa de servicios públicos, prohibición reiterada en el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011, que modificó el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Por eso, entiende la Sala, que la demandada reconoció su error en la vinculación del actor, por la configuración de la inhabilidad, cuya decisión no podía ser otra que declarar la terminación del contrato de trabajo (art. 5° ley 190 de 1995); sin embargo, optó por ofrecerle la opción de renunciar. Es evidente que tanto la demandante como demandada actuaron bajo el influjo de haber violado el régimen de inhabilidades previsto en la ley; luego, si el propósito de la renuncia era soslayar la presunta violación de una norma legal, es decir, evitar las consecuencias disciplinarias o penales para demandante y los servidores públicos que intervinieron en su contratación, de tal conducta no podría derivarse la formación o reconocimiento de un derecho, pues se infiere que el propósito de la renuncia no fue la desvinculación laboral del demandante sino eludir las consecuencias jurídicas de haber presuntamente pretermitido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

La trayectoria académica y profesional así como los testimonios rendidos indican claramente que **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA**, contó con plenas facultades mentales y las suficientes garantías para abstenerse de presentar su renuncia, pues tampoco está acreditado que se le hubiera privado de su libertad o impedido emplear medios de comunicación para efectuar las consultas pertinentes sobre su situación jurídica o haber postergado su decisión de renunciar. Las reglas de la experiencia indican que quien está seguro haberse comportado de conformidad con el ordenamiento jurídico asume tranquilamente las consecuencias de sus actos sin menoscabar sus propios intereses, máxima que no se cumple en el presente caso, pues la renuncia lo privaba de reclamar u obtener una indemnización por despido, pero se convertía en la fórmula para eludir las consecuencias derivadas de la inhabilidad.

De conformidad con la premisa fáctica señalada en el literal b) del artículo 61 del CST, la renuncia es un acto autónomo, pacífico, facultativo y discrecional de quien en ese momento es dueño del derecho en cuestión, y dichos presupuestos permanecieron incólumes

en este juicio, pues no se demostró que fueron afectados en algún grado.

Y si bien la renuncia a un cargo le puede generar al trabajador traumatismo por la pérdida del empleo, incertidumbre por la desestabilización económica que le pueda causar y el impacto que se pueda irradiar en el entorno familiar, también lo es que en este caso ante la inhabilidad que se le puso de presente, el actor tomó la decisión de renunciar de forma voluntaria, inhabilidad que de constatarse le podía generar investigaciones disciplinarias no solo contra quien incurre en las mismas, por violar dicho régimen, sino contra el personal de la entidad que las omitió.

Por otra parte, en relación con los dictámenes aportados por la parte actora, los mismos resultan irrelevantes, dado el resultado del análisis de la controversia. En todo caso, se advierte que, contrario a lo afirmado por el *a quo*, ninguno de ellos cumple la totalidad de los requisitos taxativamente señalados en el artículo 226 del CGP, los cuales debió el juez verificar antes de decretarlos como prueba. De haberlo hecho y percatado, el resultado sería la exclusión de estos medios de persuasión.

Sobre el estudio técnico lingüístico y comportamental (*pág. 126 a 155, archivo "004. 20.11.2020 ANEXOS"*) es un examen que pretendió resolver el punto controvertido, ya que concluyó que la renuncia *"no fue realizada de manera libre, espontánea, con voluntad sobre lo plasmado, sino bajo coacción de su conducta"*, aspecto que le correspondía dilucidar únicamente al juez ordinario, además que no se adosaron los documentos idóneos que habilitan al perito para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística (numeral 3, art. 226 CGP).

Y el dictamen denominado *evaluación psicológica forense* (*pág. 171 a 196, archivo "004. 20.11.2020 ANEXOS"*) adolece de los

documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística del perito y los documentos e información utilizada para la rendición del dictamen (numeral 10, art. 226 CGP), entre otros.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el actor no cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del CGP, al no probar la existencia de vicios en el consentimiento para suscribir la carta de renuncia, (*pág. 129, archivo "003. 20.11.2020 PRUEBAS"*), no le queda a la Sala camino diferente que revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la demandada de todas las pretensiones.

- Sobre la viabilidad de la orden de publicación de la sentencia en la página web de la demandada

Si bien la revocatoria de la sentencia deja sin efectos las condenas impartidas por el *a quo*, considera la Sala oportuno pronunciarse sobre la orden impartida como medida resarcitoria y reparativa de los perjuicios del actor, relacionada con la publicación del acta de la sentencia en la página web de la demandada, la cual entiende la Sala fue proferida en aplicación de las facultades extra y ultra *petita*, previstas en el artículo 50 del CPTSS.

Conforme con la citada disposición, los jueces de única y primera instancia pueden fallar y reconocer pretensiones distintas a las pedidas, cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la facultad extra *petita* -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de

defensa y contradicción de la llamada a juicio (SL2808-2018, SL3850-2020, SL2510-2021, entre otras).

En el presente expediente no se elevó ninguna petición reparatoria de perjuicios en tal sentido, tampoco fue objeto de fijación del litigio y solo se mencionó y resolvió en el fallo de instancia, lo que de facto constituye una violación del derecho de defensa y contradicción de quien resulta afectada con la medida. Además, la orden no tiene nada que ver con salarios, prestaciones e indemnizaciones distintas a las pedidas en la demanda, ni siquiera puede encuadrarse en los supuestos previstos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, citada por el *a quo*, o en las medidas cautelares innominadas contenidas en el numeral 2° del artículo 590 del CGP, siendo palmario concluir que no existe fundamento factico ni jurídico que soporten dicha decisión.

Tampoco el juzgador de primer grado advirtió que una decisión en tal sentido restringe la libertad de empresa que tiene la demandada (art. 333 Constitucional), al obligarla a ceder temporalmente un espacio de su página web para la publicación de la sentencia que, incluso puede repercutir en la seguridad e integridad del actor, por el dinero reconocido, al dejar expuesto su nombre y datos esenciales, durante un periodo de 6 meses. Además, no se explicaron las razones por las cuales las compensaciones económicas reconocidas no eran suficientes para indemnizar el presunto daño causado, de lo que se colige que el operador judicial se excedió en las funciones que, por disposición Constitucional y legal, le fueron investidas.

En esa medida, de haberse confirmado la sentencia, esta pretensión no tenía vocación de prosperidad.

Sin costas en segunda instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte actora y deberán ser tasadas por el *a quo*.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la demandada **GRUPO ENERGIA BOGOTÁ S.A. ESP** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por **FRANCISCO DE PAULA TORO ZEA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte actora. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No. 06-2019-00649-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **GLADIS TORRES LADINO** y **YURI MARCELA NIÑO FONSECA** contra la sentencia del 04 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, que absolvió a la demandada de la pensión de sobrevivientes, ordenó la devolución de saldos a favor de la masa sucesoral del causante y se abstuvo de condenar en costas (*min. 45:53, archivo "21Parte5Audiencia4Nov2022"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

GLADIS TORRES LADINO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** para que se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del afiliado **SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ** (q.e.p.d.), en calidad de compañera permanente y, en consecuencia, solicita se reconozca y pague las mesadas pensionales causadas, intereses moratorios o indexación y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que el 09 de mayo de 2011, inició una comunidad de vida singular, permanente y pública con SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.), unión marital de hecho que se mantuvo hasta el fallecimiento del afiliado el 12 de junio de 2018; que en dicha unión no se procrearon hijos; y que solicitó a **PROTECCIÓN** el reconocimiento de la prestación pensional, quien en comunicación del 10 de enero de 2019 negó la solicitud, aduciendo que no cumplía con el tiempo mínimo de convivencia (*pág. 1 a 5, archivo "03Demanda (fls 3-7)", subcarpeta "01JuzgadoOrigen"*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** no se opuso al reconocimiento pensional bajo el entendido que la demandante debe acreditar el tiempo de convivencia mínima para ser beneficiaria de la prestación. Aceptó la calidad de afiliado de SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.), la densidad de semanas suficientes para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes, la solicitud presentada por la accionante y su negativa. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló como excepciones *imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia*, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 1 a 10, archivo "10ContestacionDemandaProteccion (fls 47-106)", subcarpeta "01JuzgadoOrigen"*).

INTERVENCIÓN EXCLUYENTE

Mediante escrito del 11 de julio de 2022, los hijos de SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.), **JOHANNY FRANCESCO NIÑO FONSECA, CÉSAR AUGUSTO NIÑO FONSECA y YURI MARCELA NIÑO FONSECA**, a través de apoderado, presentaron demanda de intervención excluyente contra **GLADIS TORRES LADINO y PROTECCIÓN S.A.**, solicitando negar las pretensiones de la demanda incoada por **GLADIS TORRES LADINO** y, en su lugar, ordenar la devolución de saldos a favor de los hijos del afiliado. Al efecto, fundamentaron su intervención afirmando que en el lapso comprendido entre el año 2011 al 2015, SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.) se encontraba privado de la

libertad, cumpliendo una condena de 4 años y 6 meses, dentro del proceso penal adelantado bajo radicado 25754310400120060014100, y que el 09 de mayo de 2016, SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.) inició una relación sentimental con GLADIS TORRES LADINO, pero nunca convivieron (pág. 2 a 10, archivo “05DemandaTerceroExcluyenteFamiliaNiño”).

En audiencia pública celebrada el 08 de septiembre de 2022, el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá admitió dicha intervención y ordenó correr traslado de ella a las partes (min. 48:00, archivo “09Audiencia08Septiembre2022Arts77y80”).

PROTECCIÓN S.A. no se opuso a las pretensiones al señalar que le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria dirimir quienes son los beneficiarios de la prestación económica. Formuló como excepciones las de *buena fe*, prescripción y la innominada o genérica (pág. 2 a 8, archivo “10ContestaciónDdaIntervinienteProtección”).

GLADIS TORRES LADINO se opuso a la pretensión económica reclamada en la intervención excluyente. Propuso como previas las excepciones de *ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales* y falta de jurisdicción y competencia y como de mérito las de *falta de legitimación en la causa por activa de los intervinientes excluyentes*, falta del requisito de estudios para alcanzar la pensión de sobrevivientes siendo hijo mayor de 18 y menor de 25 años, improcedencia de la devolución de saldos por tratarse de un derecho subsidiario e incompatible con la pensión a sobrevivientes y la innominada o genérica (pág. 2 a 9, archivo “11ContestacionDdaIntervinienteGladisTorresLadino”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 45:53, archivo “21Parte5Audiencia4Nov2022”)

El 04 de noviembre de 2022, el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de mérito denominada “buena fe” propuesta por PROTECCIÓN S.A. y como consecuencia de ello ABSOLVER a la demandada PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora GLADIS TORRES LADINO en atención a que no se acreditó el cumplimiento del requisito como compañera permanente; y de cualquier reclamación que, como hija mayor de edad, incapacitada por razones de estudios, hubiera efectuado la hija del causante, YURI MARCELA, aquí interviniente excluyente, de manera que se absuelve a PROTECCIÓN de las pretensiones incoadas en su contra relacionadas con alguna pensión de sobrevivientes. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a que reconozca pero con destino a la masa sucesoral del causante, SERGIO NIÑO, las sumas acumuladas en su cuenta de ahorro individual, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, por lo tanto le queda a PROTECCIÓN S.A. la carga de verificar quienes serían las personas que acreditan tener la calidad de beneficiarios de la masa sucesoral del causante conforme con las normas civiles que para tal efecto se apliquen. TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación. CUARTO: Se debe remitir a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá esta decisión para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante y en favor, incluso, de la interviniente excluyente, la señorita YURY MARCELA, teniendo en cuenta que las pretensiones de YURI MARCELA NIÑO FONSECA y la señora GLADIS TORRES LADINO fueron adversas a sus intereses (...)

Como fundamento de su decisión la Juez indicó que SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.) dejó causado el derecho a sustitución por haber acreditado el mínimo de 50 semanas cotizadas en los tres últimos años a su deceso; respecto de los beneficiarios señaló que no fue intención de **YURI MARCELA NIÑO FONSECA**, en calidad de hija del causante, reclamar la prestación pensional, pero que, en todo caso, no acreditó que se encontrara realizando estudios al momento del fallecimiento de su padre o con posterioridad, tampoco que era dependiente económica del causante.

Frente a **GLADIS TORRES LADINO** señaló que conforme con reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia los 5 años de convivencia solo se exige a la cónyuge o compañera del pensionado fallecido, pero no del afiliado, por lo que en este caso solo se debe acreditar la calidad que se reclama y la conformación del núcleo familiar con vocación permanente. Por eso, luego del análisis de las pruebas aportadas y recaudadas, señaló que **GLADIS TORRES LADINO** no acreditó el derecho a la sustitución pensional, dado que en su

interrogatorio señaló haber convivido con SERGIO desde el año 2015, lo que desvirtúa no solo la declaración rendida por el causante sino las demás aportadas en el trámite administrativo. Adujo que no se desconoce que GLADIS tuvo una relación sentimental o amorosa (noviazgo) con SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.), pues así lo aceptaron los hijos del causante, pero afirmó que dicha relación no es suficiente para tenerla como su compañera permanente, pues no pasó a un plano mucho más sólido para conformar un núcleo familiar.

Finalmente, determinó que era viable la devolución de saldos a favor de los herederos del afiliado fallecido.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo que la parte demandante y la interviniente excluyente **YURI MARCELA NIÑO FONSECA** no presentaron recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandante presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia y, en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda inicial, reiterando que su cliente cumplió los requisitos o elementos para reclamar la pensión de sobrevivientes.

PROTECCIÓN S.A. solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

No hubo pronunciamiento por parte de los intervinientes excluyentes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **GLADIS TORRES LADINO** y **YURI MARCELA NIÑO FONSECA** acreditan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado **SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ** (q.e.p.d.) y la procedencia o no de la devolución de saldos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en que: **i)** **SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ** (q.e.p.d.) falleció el 12 de junio de 2018 (*pág. 13, archivo "04AnexosDemanda (fls 8-26)"*); **ii)** **SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ** (q.e.p.d.) estaba afiliado y cotizando a pensiones a través de **PROTECCIÓN S.A.**, reuniendo para la fecha de su deceso un total de 1.691.57 semanas (*pág. 88 a 101, archivo "10ContestacionDemandaProteccion (fls 47-106)"*); **iii)** **GLADIS TORRES LADINO** presentó solicitud de reconocimiento pensional ante **PROTECCIÓN**, entidad que en comunicación del 10 de enero de 2019 negó la prestación reclamada (*pág. 15, archivo "04AnexosDemanda (fls 8-26)"*).

- De la pensión de sobrevivientes.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese instante. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el afiliado SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.) falleció el 12 de junio de 2018, las normas que regulan el derecho pensional que se reclama en este proceso son los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece el presupuesto mínimo de semanas requeridos para consolidar la prestación y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y tener 30 o más años de edad, así como los hijos menores y mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene en las sentencias SL1730 de 2020, SL3626 de 2020, SL3785 de 2020, SL4606 de 2020, SL489 de 2021, SL1905 de 2021, SL2222 de 2021, SL2820 de 2021, SL5270 de 2021, SL2853-2022, SL3948-2022, entre otras, que para establecer la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003, como cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, pues con la simple acreditación de la aludida condición y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se cumple el supuesto previsto en el literal a) de la referida normativa que genera el reconocimiento de la prestación.

No obstante, esta Corporación, de manera respetuosa, se aparta de la doctrina probable antes señalada, de conformidad con la regla jurisprudencial adoptada en la sentencia C-836 de 2001 en cuanto a la posibilidad del Juez de apartarse del precedente dictado por la H. Corte Suprema de Justicia, para lo cual esta Sala acoge los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2021, que dejó sin valor y efecto la sentencia SL1730 de 2020, al considerar que la regulación normativa de la pensión de sobrevivientes, para el caso del cónyuge y compañero permanente supérstite, constituye un medio de protección del núcleo familiar del causante, para lo cual el legislador

estableció un periodo mínimo de convivencia que pretende salvaguardar a los verdaderos destinatarios de la prestación y evitar el fraude, garantizando la legitimidad y justicia en el otorgamiento de la prestación a quienes demuestran un compromiso de vida real y con vocación de permanencia, motivo por el cual, indistintamente de si el causante es pensionado o afiliado, se debe acreditar en todo caso el periodo mínimo de convivencia exigido por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, esta Sala concluye que en caso de muerte de afiliado se exige, sin salvedad alguna, la acreditación del periodo de convivencia de 5 años para causar la pensión de sobrevivientes.

CASO CONCRETO

Revisadas las pruebas aportadas al expediente y recaudadas en el juicio, no se encuentra en discusión que SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.) falleció el 12 de junio de 2018 (*pág. 13, archivo "04AnexosDemanda (fls 8-26)"*) en vigencia de los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, y dejó causado el derecho a la sustitución pensional en favor de sus beneficiarios, al cumplir el requisito mínimo de 50 semanas cotizadas entre el 15 de junio de 2015 y la fecha de su fallecimiento (*pág. 88 a 101, archivo "10ContestacionDemandaProteccion (fls 47-106)"*)

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar si **GLADIS TORRES LADINO** y **YURI MARCELA NIÑO FONSECA** acreditan la calidad de beneficiarias de la referida prestación.

GLADIS TORRES LADINO al rendir su interrogatorio indicó que residía con el causante en la Transversal 74 A No.43-60 SUR bloque 9 425 Lago Timiza, localidad de Kennedy; que cuando a SERGIO le dieron la *casa por cárcel*, ella iba con sus compañeros de trabajo y lo visitaban, que cuando se terminó esa medida en el 2014, siguieron la relación pero los hijos no sabían porque él tenía el temor de que los hijos no lo aceptaran; que en el año 2015 SERGIO y sus hijos montaron un almacén de cocinas integrales y para la inauguración le dijo que fuera que la iba a presentar ante la familia como su pareja y desde ese mismo día, 9 de mayo, empezaron a convivir, hasta la fecha de su fallecimiento; que la

convivencia fue continua pero a veces SERGIO se quedaba con los hijos en la casa paterna, y que SERGIO asumía todos los gastos del hogar (*min. 05:03, archivo "20Parte4Audiencia4Nov2022"*).

Y se recibieron los interrogatorios de los hijos de SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.), **YURI MARCELA NIÑO FONSECA** (*min. 48:10, archivo "20Parte4Audiencia4Nov2022"*), **CÉSAR AUGUSTO NIÑO FONSECA** (*min. 01:37:46, archivo "20Parte4Audiencia4Nov2022"*) y **JOHANNY FRANCHESCO NIÑO FONSECA** (*min. 02:13:34, archivo "20Parte4Audiencia4Nov2022"*), quienes fueron coincidentes en señalar que conocieron a **GLADIS TORRES LADINO**, que durante el periodo de prisión domiciliaria de su padre la demandante lo visitaba, después de terminada la medida restrictiva de la libertad su padre siempre se la presentó como una amiga, pero ellos sabían que tenían una relación amorosa, pero nada serio porque SERGIO también salía con otras mujeres y decía que no quería formalizar nada con nadie; que su padre siempre dormía en la casa familiar con sus hijos **YURI MARCELA Y CÉSAR AUGUSTO**, se quedaba esporádicamente fuera de la casa algún sábado o domingo, de resto permanecía con ellos; que las pertenencias y demás objetos personales del causante permanecieron en la casa familiar, nunca se los llevó a otro lado.

Con los anteriores medios probatorios, para la Sala es claro que **GLADIS TORRES LADINO** tuvo una relación sentimental con SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.), sin embargo, de las citadas declaraciones no es posible establecer que hubo convivencia entre la demandante y el afiliado fallecido. En efecto, si se analiza el interrogatorio de la demandante, afirmó que inició la convivencia desde el 09 de mayo de 2015 en su apartamento, pero no se sabe con certeza si SERGIO se quedaba o no todos los días con ella, pues los hijos del causante afirmaron todo lo contrario.

Luego, y pese a que **GLADIS TORRES LADINO** precisó la colaboración económica que le brindaba SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.) y las visitas constantes que dieron fe los propios hijos de éste, tales circunstancias no permiten inferir que hubo una comunidad de vida de forma permanente. Al respecto, la H. Corte

Suprema de Justicia ha entendido que la convivencia no solo comprende la cohabitación en determinado lugar, sino que hace referencia a *una comunidad marital donde se conjuguen el afecto, el respeto y la ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable* (CSJ sentencia del 08 de febrero de 2011 Rad. 34.362, SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras). Y precisamente, el supuesto de permanencia no ha quedado demostrado en este juicio, lo que descarta los presupuestos normativos para beneficiarse de esta prestación.

Ahora, de la prueba documental se tiene lo siguiente:

SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.) en declaración extrajuicio, del 20 de mayo de 2016, ante la Notaria Cincuenta y Ocho del Círculo de Bogotá, indicó que convivía en unión libre con **GLADIS TORRES LADINO** en la dirección KR 74 #43-60 sur BL 9 APTO 425 Barrio Lago Timiza, desde el 09 de mayo 2011 *“de forma permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa, sin haber separación de cuerpos...”* (pág. 16, archivo *“04AnexosDemanda (fls 8-26)”*), aspecto que se desvirtúa no solo con la misma declaración de la demandante, quien afirmó que la convivencia inició el 09 de mayo de 2015, sino porque desde 2011 hasta el año 2014 el causante se encontraba cumpliendo pena privativa de la libertad en su domicilio ubicado en la Calle 39 G Sur #68-40 Int. 6 barrio la Alquería, de acuerdo con la diligencia de compromiso suscrita el 14 septiembre de 2011 ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá (archivo *“15ConstanciaPrisiónDomiciliariaCausante”*), circunstancia que se corrobora en este juicio con las declaraciones rendidas por la actora y por **JOHANNY FRANCHESCO NIÑO FONSECA, CÉSAR AUGUSTO NIÑO FONSECA y YURI MARCELA NIÑO FONSECA.**

En la declaración extrajuicio del 15 de agosto de 2018 (pág. 61, archivo *“10ContestacionDemandaProteccion (fls 47-106)”*), Carmenza Niño Sánchez y Elizabeth Niño Sánchez, en calidad de hermanas del causante, afirmaron que **GLADIS TORRES LADINO** convivió con SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.) en unión marital de hecho de forma

permanente y continua, desde el 2015 hasta el 12 de junio de 2018. A su vez, las declaraciones extrajuicio rendidas por Nubia Esperanza Cadena Forero y María del Carmen Chaparro Higuera (*pág. 79, 81, 82, 84 y 85 archivo "10ContestacionDemandaProteccion (fls 47-106)"*) son contradictorias en cuanto las mismas personas afirmaron, en oportunidades diferentes, que la convivencia inició el 9 de mayo de 2011 y el 09 de mayo de 2012. Estas circunstancias fácticas difieren de lo demostrado en el juicio y del propio relato de la accionante.

Y pese a que las hermanas del causante en las referidas declaraciones informaron que la convivencia surgió desde el año 2015, dichas afirmaciones entran en contradicción con los interrogatorios absueltos por los hijos del causante, quienes señalaron que la convivencia nunca existió. Este escenario supone que la carga de la prueba de quien reclama en este juicio la calidad de compañera permanente tenía que ser contundente que demostrara, sin dudas, esta condición, aspecto que no ocurrió.

Sobre las fotografías adosadas a la demanda (*pág. 17 a 20, archivo "04AnexosDemanda (fls 8-26)"*) las mismas no tienen la fuerza probatoria suficiente para demostrar la convivencia con el afiliado fallecido, puesto que, si bien representan facetas de la vida del causante, no se tiene certeza del periodo y las circunstancias en que fueron tomadas.

Ahora, en el supuesto de aceptarse que hubo convivencia de la demandante con el afiliado desde el 09 de mayo de 2015, como lo sostuvo la actora en el interrogatorio, el tiempo sería insuficiente dado que no supera los 5 años requeridos en virtud de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia SU149-2021.

Así las cosas, al no acreditar la demandante el presupuesto de convivencia establecido en el literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no tiene la calidad de beneficiaria de la prestación pensional, motivo suficiente para confirmar la sentencia.

Respecto de la situación jurídica de **YURI MARCELA NIÑO FONSECA**, hija de SERGIO ALBERTO NIÑO SANCHEZ (q.e.p.d.), quien nació el 14 de junio de 1994 (*pág. 17, archivo "05DemandaTerceroExcluyenteFamiliaNiño"*) y estaba *ad portas* de cumplir 24 años de edad cuando ocurrió el deceso de su progenitor (12 de junio de 2018), tampoco acreditó los presupuestos normativos para conceder la sustitución pensional puesto que, para ese momento, no adelantaba estudios, así lo sostuvo su hermano CESAR en el interrogatorio, y no hay prueba que haya estudiado con posterioridad. Y pese a que en el expediente reposan dos certificados de estudios expedidos por la Universidad de La Salle, de fecha 24 de octubre de 2018 y 1° de noviembre de 2018, (*pág. 24 y 25, archivo "10ContestacionDemandaProteccion (fls 47-106)"*) los mismos dan cuenta de la terminación del plan de estudios del programa de arquitectura, pero no de su continuidad académica. Además, no se demostró el requisito de dependencia económica, por lo que también se confirmara la sentencia en este aspecto.

Y finalmente, al no existir beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, se dan las condiciones para disponer la devolución de las sumas acumuladas en la cuenta individual a la masa sucesoral de bienes del causante, en cumplimiento del artículo 76 de la Ley 100 de 1993. Dado que la cuenta permanece bajo la administración de **PROTECCIÓN**, dicha AFP se encuentra obligada a tener los recursos disponibles para que ingresen a la masa sucesoral (CSJ SL3451-2021).

En lo anteriores términos, resulta acertada la decisión proferida por el *a quo*, por lo que se dispondrá su confirmación.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia,
conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.10-2020-00249-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 13 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen pensional de la demandante y se ordenó a la **AFP PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora, sin descuesto alguno, debidamente indexados, y condenó en costas a las demandadas (*min. 45:28, archivo “22AudioAudiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS a través de **PORVENIR** y, en consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes, rendimientos financieros y bonos pensionales, se ordene el

reconocimiento de la pensión de vejez, junto con condenas por facultades ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 1° de mayo de 1963 y se afilió al ISS el 1° de marzo de 1982; que el 27 de noviembre de 1998 fue abordada por una asesora de **PORVENIR** quien le informó que obtendría mayores beneficios al cambiarse de régimen pensional y afiliarse a esa AFP, indicando que en todo caso el Estado siempre sería garante de su pensión de vejez, por lo que así diligenció el formulario de afiliación; que al momento de la suscripción del formulario de afiliación nunca se le informó de forma completa, verídica y objetiva sobre las consecuencias económicas que traería el traslado de régimen pensional sobre su situación pensional actual y futura, así como tampoco las cargas más gravosas que debía soportar para obtener una pensión de vejez en los mismos términos que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM.

Manifestó que solo hasta el año 2019, mediante conversaciones con sus compañeros de trabajo, se enteró de las consecuencias nefastas que representaba su afiliación al RAIS, por lo que el 30 de abril de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** el cambio de régimen pensional, petición que fue negada; que el 26 de febrero de 2020 fue asesorada por **PORVENIR** donde se le informó que al momento de cumplir la edad de cincuenta y siete (57) años, obtendría la garantía de pensión mínima, y que para el momento de la presentación de la demandada reporta un IBC equivalente a \$4.066.000 (*pág. 1 a 17, archivo “01 Demanda Poder Anexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (*pág. 2 a 33, archivo “12ContestacionDemandaPorvenir”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación en el RPM, la cantidad de semanas cotizadas, el traslado al RAIS, las vinculaciones laborales, los IBC y la respuesta dada a la petición. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previa la excepción de falta de jurisdicción y competencia por no agotarse la vía gubernativa y como de mérito las excepciones de *prescripción*, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica (pág. 4 a 16, archivo “14ContestacionDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 45:28, archivo “22AudioAudiencia”)

El 13 de febrero de 2023, el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la señora OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., suscrita el 27 de noviembre de 1998 y en consecuencia se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, por el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR, y se ordena su regreso automático sin solución de continuidad a la afiliación en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES de conformidad a la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** Se condena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer la devolución y entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, esto es, al régimen de prima media, de todas las sumas que hubiere recibido en la cuenta individual de la demandante OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO, correspondiente a cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos causados y también incluyendo la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima que le hubiere descontado a la demandante durante su vinculación, con cargo a sus propias utilidades, la devolución de estas sumas deberá hacerse debidamente indexadas y deberá acompañar la devolución de estas sumas de dinero entregando a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta del pago efectivo a Colpensiones de las sumas ordenadas en esta sentencia a

*PORVENIR y que den cuenta de la vinculación de la demandante, las sumas correspondientes a cotizaciones, ciclos, ibc, rendimientos intereses, bonos, así mismo de las sumas que le fueron descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima para que Colpensiones pueda establecer que efectivamente se hace la devolución en los términos ordenados en esta sentencia, para lo cual se le otorgara a AFP PORVENIR S.A. un término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia deberá registrar en la historia laboral de la demandante OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS, y así mismo se le condena a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de la AFP PORVENIR S.A., debe hacer la revisión de que se haga la devolución en los términos indicados en esta sentencia, en la parte considerativa. **QUINTO:** declarar no probadas las excepciones planteadas por la AFP PORVENIR S.A. y por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de las costas, incluyendo como agencias en derecho a cargo de AFP PORVENIR S.A. la suma de \$1.100.000, y a cargo de Colpensiones por agencias en derecho la suma de \$300.000. **SÉPTIMO:** De no ser apelada esta providencia, debe remitirse al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta de conformidad al artículo 69 del CPTSS frente a las condenas impuestas a COLPENSIONES...”.*

Como fundamento de la decisión la Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se constató con las documentales aportadas y las recaudadas en el juicio que la demandante se trasladó del RPM al RAIS, pero que no hay ninguna prueba de que la AFP en el año 1998 le haya dado información cierta, veraz, oportuna y las consecuencias del traslado del régimen pensional, para que tomara una decisión debidamente informada, por lo que concluyó que era viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial respecto de la condena por indexación, pues adujo que la misma resulta improcedente conforme con lo señalado en la sentencia C-061 de 2010 y en la sentencia SL9316 de 2016 donde se precisó el

alcance de la indexación, e incompatible con los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que ha realizado **PORVENIR**, conforme también lo ha establecido el Tribunal Superior de Cundinamarca y Tribunal Superior de Medellín (*min. 49:34, archivo “22AudioAudiencia”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Señaló que el traslado al RAIS tiene plena validez, la actora tuvo conocimiento del traslado, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y el asesor suministro la totalidad de la información sobre los efectos jurídicos que le conllevaban trasladarse de régimen; que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la ineficacia o nulidad del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo que no se evidencia vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo, y no hay prueba de que el asesor de forma dolosa la indujera a realizar el traslado; que se debe tener en cuenta el artículo 83 Constitucional donde le correspondía a la actora desvirtuar la buena del fondo de pensiones; además, que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003; y finalmente, solicita sea revocada la condena en costas en virtud de que **COLPENSIONES** ha actuado de buena fe (*min. 53:40, archivo “22AudioAudiencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y pese a que **PORVENIR** presentó recurso de apelación solo por la condena por indexación, solicitó la revocatoria de la sentencia señalando, entre otros aspectos, que el acto jurídico produjo los efectos que las partes pretendían, pues la demandante luego de recibir la información necesaria y suficiente decidió escoger el régimen de ahorro individual, pudiendo hacer uso del derecho de retracto.

No hubo pronunciamiento de las demás partes.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, y la condena en costas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO** nació el 1° de mayo de 1963 y se afilió al RPM a partir del 1° de marzo de 1982 (*pág. 57, archivo “01 Demanda Poder Anexos”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 27 de noviembre de 1998, con efectividad a partir del 1° de enero del año siguiente, donde permanece actualmente (*pág. 80, 82 y 83, archivo “12ContestacionDemandaPorvenir”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL

2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para

la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que el asesor le informó únicamente beneficios y que el ISS se iba a acabar, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal. Y respecto del testimonio de Javier Enrique Sotomayor Pulido, no es posible obtener información

relevante dado que no conoció las particularidades del traslado controvertido.

Por ello, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos

se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta los argumentos expuestos en la alzada por **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de la totalidad de los conceptos referidos en precedencia, indexados, se confirmará la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Sin embargo, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del Sistema General de Pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y frente a la inconformidad de la apoderada de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida*

al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por el incumplimiento del deber de información, realizado por la demandante OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO a PORVENIR S.A. el 27 de noviembre de 1998, en consecuencia, se ordena su regreso automático sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES...”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

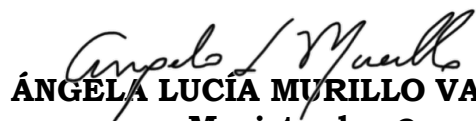
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

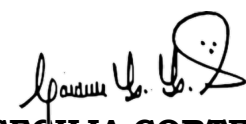
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: OLGA MARLEN PEDRAZA ROMERO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2020 00249 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11-2019-00491-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 16 de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivo su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e impuso costas a **PROTECCIÓN S.A.** (43.41 archivo “24AudienciaArticulo80CPTSS20230316”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 6 a 23 archivo “01ExpedienteFisicoFernandoReyVsColpensiones”).

FERNANDO REY VILLAMIZAR solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de la CAIP, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 10 de febrero de 1981, que el 29 de junio de 1995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales e inclusive le proyectó un valor alto de

pensión. Aseguró que en abril de 2019 solicitó la invalidación de su afiliación a la AFP y retorno al RPM, peticiones que fueron rechazadas.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la permanencia del afiliado en el ISS y que negó su retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y señaló que el **DEMANDANTE** no probó las falencias alegadas en la demanda, en todo caso, no se demostró ninguna causal para privar de efectos la vinculación a la AFP, la cual suscribió libremente el afiliado, quien no puede retornar al RPM por la restricción de traslado por edad y porque afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 112 a 144 archivo “01ExpedienteFisicoFernandoReyVsColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación del afiliado y que negó su solicitud de invalidación de la misma. Señaló que efectuó asesoría verbal sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias de permanecer en uno u otro, tras lo cual el **DEMANDANTE** tomó la decisión libre e informada de vincularse a la AFP, de otra parte, a sus 51 años le realizó una reasesoría que concluyó que no le convenía económicamente permanecer en **PROTECCIÓN S.A.**, pese lo cual el afiliado tomó la decisión de permanecer en la AFP siendo informado de la fecha límite para solicitar su retorno al RPM, lo cual nunca hizo, por tanto, no hubo incumplimiento del deber de información y el traslado al RAIS es válido. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema

General de Pensiones, Reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional y la genérica (Pág. 1 a 24 archivo “05CDFolio141ContestacionDemandaProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (43.41 archivo “24AudienciaArticulo80CPTSS20230316”).

El 16 de marzo de 2023, el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante FERNANDO REY VILLAMIZAR en el año 1995 del régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el ISS, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con las razones expuestas en esta decisión. SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, DECLARAR que el demandante FERNANDO REY VILLAMIZAR ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, desde su elección inicial, conforme a las razones expuestas en esta decisión. TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto. CUARTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante FERNANDO REY VILLAMIZAR, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos y eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman. QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que, una vez la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del DEMANDANTE, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización. SEXTO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. En su liquidación, inclúyase la suma de

*un (1) smlmv como agencias en derecho y a favor de la parte DEMANDANTE. **SÉPTIMO:** consúltese esta decisión en los términos del artículo 69 CPTSS, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. (...)*”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que era obligación de la AFP informar al potencial afiliado las características de los regímenes pensionales y brindar elementos objetivos para que éste escogiera la mejor opción de mercado, deber cuyo cumplimiento debía acreditar la AFP sin que baste la firma del formulario de afiliación, además los documentos de reasesoría no demuestran el suministro de información clara y suficiente y la H. CSJ indicó que no se puede subsanar un acto inexistente, sin que aplique la teoría de los actos de relacionamiento, por lo cual accedió a las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no es viable el retorno al RPM por la restricción legal de traslado por edad, de otra parte, no se acreditó la conducta de la AFP por la cual hizo incurrir en vicio del consentimiento al afiliado, de otra parte, solicito considerar que el deber de información del Decreto 663 de 1993 se materializó hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y con anterioridad a dichas normas la AFP solo debía acreditar el consentimiento plasmado en el formulario de afiliación y la intención de permanecer en el RAIS con los muchos años de vinculación, sin que se puedan imponer cargas probatorias inexistentes a la fecha del traslado, de otra parte, se causa daño a **COLPENSIONES** a pesar de ser un tercero que no participó en el acto ineficaz, afectando de paso la sostenibilidad financiera del sistema. De forma subsidiaria pide condicionar las condenas de **COLPENSIONES** a que la AFP traslade el saldo de la CAIP sin descuento y no condenar en costas a su representada (47:06 archivo “24AudienciaArticulo80CPTSS20230316”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora María Alejandra Almanza Núñez, identificada con CC 1.018.456.532 y TP 273.998 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Agotado el término, el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **FERNANDO REY VILLAMIZAR** nació 24 de septiembre de 1956 (Pág. 24 archivo “01ExpedienteFisicoFernandoReyVsColpensiones”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 10 de febrero de 1981 al 30 de junio de 1995, cotizando 430,43 semanas (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1707-20200212031351” carpeta “04CDFolio136ExpedienteAadministrativo”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario del 29 de junio de 1995, efectivo a partir del 1º de julio de 1995, AFP donde permanece vinculado y acumula 1707,85 semanas cotizadas a junio de 2020 (Pág. 27 a 30 archivo “05CDFolio141ContestacionDemandaProteccion”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivo su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e impuso costas a **PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación

o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PROTECCIÓN S.A.** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ni siquiera aportó el formulario de afiliación y en todo caso, la firma de éste por el afiliado no la exime de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

En relación con las reasesorías del 09 de septiembre de 2003, 14 de marzo de 2006, 04 de mayo de 2006 y 05 de junio de 2008 (Pág. 53 a 62 archivo “05CDFolio141ContestacionDemandaProteccion”), considerando la fecha de nacimiento del **DEMANDANTE** del 24 de septiembre de 1956 (Pág. 24 archivo “01ExpedienteFisicoFernandoReyVsColpensiones”), se advierte que todas ellas fueron antes de la restricción de traslado por edad y que en tres de ellas se le indicó al afiliado que era más favorable permanecer en la AFP y solo hasta la última se señaló que no le convenía continuar en

PROTECCIÓN S.A., pese lo cual el afiliado decidió continuar vinculado al RAIS.

Así las cosas, este magistrado sustanciador que acoge el criterio expuesto por la H. CSJ en la sentencia de tutela STL527 del 18 de enero de 2021 (NI 61.684), que revocó la sentencia de segunda instancia que profirió esta Corporación en el proceso 31-2018-00572-01 y en la cual se consideró que la AFP acreditó el deber de asesoría al informar al afiliado que la mesada en el RAIS sería inferior que en el RPM antes de la restricción de traslado por edad, ya que la H. CSJ consideró que dicha asesoría no subsanaba la falta de prueba de que al momento del traslado al RAIS la AFP cumpliera su deber de asesoría con el potencial afiliado, al tratarse de un hecho posterior al traslado.

De otra parte, llama la atención que el **DEMANDANTE** aclaró en su interrogatorio que decidió permanecer en **PROTECCIÓN S.A.** porque se le indicó que iba a tener el respaldo de dicha entidad y le garantizaron que su ahorro sería heredable a sus hijos y una protección a perpetuidad sin importar su edad, manifestando su *desencanto* porque en 2015 se enteró que no tenía cobertura a perpetuidad sino que debía entregar su dinero a otra entidad, monto que ya no era heredable y la pequeña diferencia en la mesada entre el RAIS y RPM resultó ser mucho mayor a la indicada inicialmente (46:55 archivo “13AudienciaArticulos7780CPTSS”)

La anterior manifestación, no solo rechaza la existencia de una asesoría por la **AFP DEMANDADA**, sino que además no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del

traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, por el tiempo de permanencia del **DEMANDANTE**. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba

asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

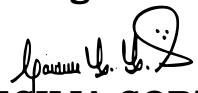
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FERNANDO REY VILLAMIZAR

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00491 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.13 2019 00577 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes en contra de la sentencia del 03 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones (*min. 01:01:34, archivo “Audiencia Virtual Proceso Ordinario 2019-00577 parte 2”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ROMEL JOSE LONDOÑO CAMACHO y **JOSE LUIS TAMAYO MEJÍA** llamaron a juicio a **PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S.** con el fin de que se declare que el contrato de trabajo por obra o labor se ejecutó entre el 04 de octubre de 2017 hasta agosto de 2020, que el salario realmente devengado fue de \$3.116.430 y \$4.123.530, respectivamente, que los contratos de trabajo fueron terminados sin justa causa el 15 de julio de 2018 y, en consecuencia, se reliquiden las indemnizaciones por despido, debidamente indexadas, condenas ultra y extra *petita* y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicaron que suscribieron contrato de trabajo con **PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S.** por el término de duración de la obra o labor determinada, para el cumplimiento del 50% del tiempo de ejecución de las labores contempladas en el contrato de servicios No.CLCI0548 de agosto de 2017, celebrado entre la demandada y OCCIDENTAL ANDINA LLC, que tiene por objeto labores de reacondicionamiento, mantenimiento, abandono y complementamiento de pozos ubicados en el campo La Cira Infantas en el Departamento de Santander; que iniciaron labores en los cargos de técnico eléctrico y maquinista, respectivamente; que el 04 de mayo de 2018, firmaron *otro sí* donde se adicionó el término de duración por el cumplimiento del 50% restante; y que la ejecución de las labores contempladas en el contrato No.CLCI0548 tenía como fecha de terminación agosto de 2020.

Señalaron que además del salario básico recibieron bonificación extralegal por valor de \$25.700 y \$31.610 diarios, respectivamente; y que la demandada les término unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo el 15 de julio de 2018, pero que se les pago erradamente un menor valor de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST (*pág.50 a 60, archivo “001- Proceso 2019-577_”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PETROTECH DE COLOMBIA S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la suscripción de los contratos de trabajo con los demandantes, su modalidad, el objeto contractual, los cargos desempeñados, la terminación unilateral de la vinculación y el pago de la indemnización. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo debido por inexistencia de la obligación*, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, compensación y prescripción (*pág. 100 a 111, archivo “001- Proceso 2019-577_”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:01:34, archivo “Audiencia Virtual Proceso Ordinario 2019-00577 parte 2”)

El 03 de mayo de 2022, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada PETROTECH DE COLOMBIA SAS de todas las pretensiones incoadas en su contra por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, por lo antes considerado. **TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia toda vez que no se causaron. **CUARTO:** En caso de no apelarse esta decisión y por haber sido totalmente adversa a las pretensiones de los demandantes, remítase el proceso al Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral en grado jurisdiccional de consulta en su favor”

Como fundamento de su decisión la Juez señaló que en los contratos de trabajo de los demandantes quedó consignado que finalizarían una vez se ejecutara el 50% del tiempo de la obra o labor contratada, esto es, por la orden de trabajo PTH-001; que se celebró otro sí a los contratos de trabajo donde se pactó prorrogar dichos contratos por el 50% restante de la duración de la obra o labor, por lo que los mismos finalizarían cuando se cumpliera el 100% de los trabajos contemplados en el contrato CLCI0548, exclusivamente para la orden PTH-01. Que el representante legal de la demandada informó que la prórroga se dio con ocasión de una llamada recibida en agosto de 2018, aspecto que corroboró con lo expresado por el testigo Pablo Mera, fecha para la cual los demandantes habían sido desvinculados. Y si bien la orden de trabajo PTH-01 fue prorrogada en varias oportunidades, hasta el 31 de marzo de 2020, la segunda prórroga fue solicitada el 06 de agosto de 2018, posterior a la desvinculación de los trabajadores, por lo que la prórroga en ese momento era un hecho futuro incierto e impredecible, no siendo responsabilidad del empleador.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de los demandantes interpuso recurso de apelación. Adujo que el Juzgado de instancia desconoció la realidad contractual de los demandantes, dado que el término de duración del contrato fue inicialmente el 50% del tiempo de ejecución de la obra contratada y para el 4 de mayo de 2018 que se suscribieron los otros sí, se pactó la duración por el restante 50%, por lo que mínimo se estaría hablando de otros 7 meses más, por lo que no era cierto que no se tuviera conocimiento de su eventual duración; que se desconoció la realidad que tuvo la empresa con el trabajador Juan Carlos Santamaria, obra en el plenario su contrato de trabajo que es idéntico al de los demandantes, para la misma orden de trabajo, por lo que se pregunta por qué ese contrato finalizó en una fecha posterior; que la empresa a este trabajador si le cambio las condiciones contractuales pues en los *otro sí* se expresó que se prorrogaba por el término de la extensión; que la obra finalizó el 31 de marzo de 2020, por lo que la decisión tomada por la compañía fue un simple capricho, pues en los contratos en ningún momento se estableció plazos o extensiones de órdenes de trabajo a los cuales estuviera sujeta la duración de la obra (*min. 01:02:50, archivo “Audiencia Virtual Proceso Ordinario 2019-00577 parte 2”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

La parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la obra o labor para la cual fueron contratados los demandantes, su duración y si procede la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre **ROMEL JOSE LONDOÑO CAMACHO** y **PETROTECH COLOMBIA S.A.S.** existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, relacionada con la orden de trabajo PTH-001, desde el 04 de octubre de 2017 (*pág. 232, archivo “001- Proceso 2019-577_”*); **ii)** **ROMEL JOSE LONDOÑO CAMACHO** fue contratado para desempeñar el cargo de técnico eléctrico y devengó la suma de \$2.345.430 más un bono diario de \$25.700 (*pág. 232, archivo “001- Proceso 2019-577_”*); **iii)** mediante comunicación del 13 de julio de 2018 la demandada **PETROTECH COLOMBIA S.A.S.** dio por terminado el contrato de trabajo de **ROMEL JOSE LONDOÑO CAMACHO** por decisión unilateral a partir del 15 de julio de 2018 (*pág. 235, archivo “001- Proceso 2019-577_”*); **iv)** entre **JOSE LUIS TAMAYO MEJIA** y **PETROTECH COLOMBIA S.A.S.** existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, relacionada con la orden de trabajo PTH-001, desde el 04 de octubre de 2017 (*pág. 120, 124 a 129, archivo “001- Proceso 2019-577_”*); **v)** **JOSE LUIS TAMAYO MEJIA** fue contratado para desempeñar el cargo de maquinista y devengó la suma de \$3.175.230 más un bono diario de \$31.610 (*pág. 120, archivo “001- Proceso 2019-577_”*); **vi)** mediante comunicación del 13 de julio de 2018 la demandada **PETROTECH COLOMBIA S.A.S.** dio por terminado el contrato de trabajo de **JOSE LUIS TAMAYO MEJIA** por decisión unilateral a partir del 15 de julio de 2018 (*pág. 235, archivo “001- Proceso 2019-577_”*); **vii)** que entre OCCIDENTAL ANDINA LLC y

PETROTECH COLOMBIA S.A.S. se celebró el 04 de agosto de 2017 contrato No.CLCI-0548, para los servicios de reacondicionamiento, mantenimiento, abandono y complementamiento de pozos ubicados en el campo La Cira Infantas en el Departamento de Santander, con una duración inicial de 3 años (*pág. 132 a 134, archivo “001- Proceso 2019-577_”*)

- **Sobre la terminación del contrato por obra o labor**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que con fundamento en el artículo 45 del CST, las partes pueden someter la duración del contrato de trabajo al tiempo que tardará la ejecución de una obra determinada a cuya elaboración se va a vincular el trabajador, en el entendido de que una vez concluya dicha obra o labor habrá terminado la materia o causa que le dio origen a la relación de trabajo y el contrato de trabajo se resolverá legalmente.

En el contrato de trabajo por duración de obra, ambas partes conocen desde el inicio de la relación de trabajo que la vinculación laboral está sometida en su duración al tiempo que tome la realización y finalización de una obra material o la culminación de una labor específica a la que se vinculará el trabajador, por lo cual, ninguna de ellas tiene la obligación de efectuar preavisos o formalidades adicionales cuando la obra o la labor concluyen. Se entiende, dado el carácter temporal y definido que tiene la obra o labor a la cual se vinculará el trabajador, que las partes saben de antemano el momento en que terminará el contrato de trabajo.

Estos supuestos resultan concordantes con lo establecido en el literal d) del artículo 61 del CST, cuando establece como forma de terminación del contrato la finalización de la obra o labor contratada, y con lo dispuesto en el artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, y se señala que el valor de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa, corresponde al tiempo

faltante del lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada sin que pueda ser inferior a quince (15) días.

Por ello entiende la Sala, que un contrato de trabajo de duración definida por obra o labor determinada opera válidamente en la realidad, cuando existe como requisito previo e ineludible una obra o una labor de realización temporal o definida a la cual se vinculará el trabajador y que será la materia o causa del contrato de trabajo. Si ello no ocurre, el contrato que formalmente se pacte bajo la modalidad en estudio será un contrato de término indefinido de acuerdo con la presunción prevista en el artículo 47 del CST.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que este tipo de contratos se caracteriza porque la vigencia del vínculo no depende de la voluntad o capricho del empleador, sino de la esencia del servicio, en cuanto va a durar tanto tiempo como se requiera para dar fin a la obra o labor que las partes determinaron e individualizaron en debida forma. Dice la Corte, que ante la falta de claridad de la obra o labor contratada se entiende que el contrato se celebra a término indefinido (sentencias SL 20718-2017, SL 2600-2018, SL 3282-2019 y SL1052-2022).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que las partes celebraron un contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, y en él se incluyó como objeto específico: *“duración de trabajos contemplados en el contrato: No CLC10548 – CONTRATO MARCO SERVICIOS DE REACONDICIONAMIENTO, MANTENIMIENTO, ABANDONO Y COMPLEMENTAMIENTO DE POZOS UBICADOS EN EL CAMPO LA CIRA INFANTAS EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER., para la orden de trabajo No PTH-001.”* (pág. 16 a 21 y 124 a 129, archivo “001- Proceso 2019-577_”).

Del contenido literal del texto transcrito, se tiene que si bien los demandantes fueron vinculados para la ejecución del contrato No. CLCI0548, únicamente su labor estaba condicionada a la orden de trabajo No.PTH-001, luego para cualquier reclamación relacionada con los derechos de los trabajadores necesariamente se requería que se incorporara al expediente la citada orden de trabajo.

Adicionalmente, el término de duración inicial se pactó para la ejecución del 50% de dicha obra, plazo que fue modificado por las partes en un *otro sí* celebrado el 04 de mayo de 2018, fecha a partir de la cual el contrato seguía vigente para el cumplimiento del 100% de la orden de trabajo (*pág. 17 y 18, archivo “001- Proceso 2019-577_”*).

De acuerdo con la información aportada por OCCIDENTAL ANDINA LLC, la orden de trabajo PTH-001, bajo el contrato CLCI0548, tuvo diferentes extensiones, habiendo finalizado el 31 de marzo de 2020 (*pág. 344, archivo “001- Proceso 2019-577_”*).

Pues bien, al revisar los referidos documentos, se deduce que la ejecución de la orden de trabajo inició el 1° de octubre de 2017, con una vigencia de 9 meses (*pág. 354, archivo “001- Proceso 2019-577_”*). A su vez, que el día 08 de mayo de 2018 se solicitó una extensión a esa orden de trabajo por un periodo adicional de 2 meses y 26 días, cuyo extremo temporal surtiría efectos hasta el 30 de septiembre de 2018 (*pág. 353, archivo “001- Proceso 2019-577_”*).

Bajo ese escenario es claro para la Sala que para la fecha en que **PETROTECH COLOMBIA S.A.S.** terminó los contratos de trabajo de los demandantes, la orden de trabajo tenía una vigencia únicamente hasta el 30 de septiembre de 2018 por lo que sí, en virtud de la facultad de libertad de empresa y libre disposición de los contratos de trabajo, la demandada determinó que no requería más los servicios de sus trabajadores, podía extinguir los vínculos contractuales de forma unilateral pero con el correspondiente resarcimiento de perjuicios, en los términos del artículo 64 del CST, indemnización que corresponde

al pago de los días que faltaban para cumplir el plazo estipulado de la orden de trabajo, conforme se había pactado en los contratos de **ROMEL JOSE LONDOÑO CAMACHO** y **JOSE LUIS TAMAYO MEJIA**

Por tal razón, no son de recibo los argumentos del apelante puesto que la única expectativa que tenían los trabajadores antes de que se produjera el despido es que podían continuar prestando sus servicios hasta el 30 de septiembre de 2018, sin que al 13 de julio de 2018, fecha de la comunicación de terminación del contrato, se tuviera certeza que la orden de trabajo tendría prorrogas sucesivas hasta el 31 de marzo de 2020. Además, la siguiente prorroga fue solicitada el 06 de agosto de 2018 (*pág. 352, archivo “001- Proceso 2019-577_”*), cuando ya habían fenecido los vínculos contractuales que tenían **ROMEL JOSE LONDOÑO CAMACHO** y **JOSE LUIS TAMAYO MEJIA** con la demandada **PETROTECH COLOMBIA S.A.S.**, lo que descarta la reliquidación pretendida.

Y el hecho de que el empleador no haya terminado el contrato de trabajo de las personas vinculadas para la ejecución de la orden de trabajo No.PTH-001, como el caso del trabajador Juan Carlos Santamaria Contreras (*pág. 330 a 342, archivo “001- Proceso 2019-577_”*), como le pretende hacer ver el apoderado actor en la alzada, no se puede predicar un trato desigual o discriminatorio con los aquí demandantes, puesto que se entiende que esa decisión de continuar con unos u otros trabajadores hace parte de ese poder de dirección y de disposición que tiene el empleador según sus fines organizacionales (CSJ SL1439-2021), y de esa libertad con que cuenta para atender sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, limitada únicamente por el imperativo legal, que no se ve vulnerado en este caso.

Frente al salario y al estar condicionado a la prosperidad de la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, en aplicación del principio de consonancia, la Sala se releva de su estudio.

Por el anterior análisis, fue acertada la decisión adoptada por el *a quo*, motivo por el cual se confirmará.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 14-2020-00318-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 14 de diciembre de 2022, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, absolvió de la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (48:40 archivo “44LinkAudiencia14Diciembre20222020318”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (archivos “04Demanda” y “08SubsanacionDemanda”).

ANA BERTHA ROJAS SANMIGUEL solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM y reconocer la pensión legal de vejez, de forma subsidiaria, condenas ultra y extra petita, costas y retroactivo pensional indexado.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de enero de 1961, se afilió al ISS desde el 11 de febrero de 1991, que se trasladó

al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, que no es viable su retorno al RPM ni la devolución de saldo. Indicó que brindó información sobre los regímenes pensionales e implicaciones de pertenecer a uno u otro, tras lo cual la **DEMANDANTE** decidió vincularse a la AFP, sin que para esa época estuvieran vigentes los deberes impuestos por la Ley 1748 de 2014 y Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, por lo cual las pretensiones carecen de mérito. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 1 a 32 archivo “17ConstestaciónDemanda”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, su vinculación al ISS y que negó su retorno al RPM. Señaló que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, pero la **DEMANDANTE** no demostró las falencias alegadas en la demanda, siendo deber del afiliado informarse sobre las condiciones pensionales, sin que proceda su retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y lesión a la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP a **COLPENSIONES**, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos

administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (archivo “21ContestaciónDemandaColpensiones2020318”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (48:40 archivo “44LinkAudiencia14Diciembre20222020318”).

El 14 de diciembre de 2022, el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron las señoras (...) ANA BERTHA ROJAS SANMIGUEL, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvieron afiliadas al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a trasladar los saldos individuales de la cuenta de ahorro individual de cada una de las DEMANDANTES a COLPENSIONES sin descuento alguno, ello en la forma descrita u ordenada en la parte motiva de este proveído. TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la pretensión que instauró la demandante ANA BERTHA ROJAS SANMIGUEL, en el proceso 318 de 2020, ateniendo al reconocimiento de la pensión de vejez. CUARTO: en todos los tres procesos DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción, en tanto que no enervaron las pretensiones. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las DEMANDADAS en todos los procesos analizados el día de hoy, en su oportunidad se tasará. Tásense. (...)”.

EL *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que el deber de información existe desde la creación de las AFP, quienes deben dar a conocer las características de cada régimen pensional y consecuencias de pertenecer a uno u otro, so pena de que la vinculación carezca de libertad informada, sin que sea prueba suficiente la firma del formulario de afiliación, por tanto, declaró ineficaz el traslado al RAIS, negó el reconocimiento pensional porque la **DEMANDANTE** aún no es afiliada del RPM ni este tienen los recursos y no se debatió el cumplimiento de los requisitos de causación de la prestación, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos y condenó a las **DEMANDADAS** en costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó reconocer la pensión de vejez, alegando que cumple la edad exigida por la Ley 100 de 1993 y también las semanas al convertir los rendimientos, por lo cual se debe reconocer la prestación y retroactivo (51:53 archivo “44LinkAudiencia14Diciembre20222020318”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que no se consideró el principio de relatividad jurídica que impide a **COLPENSIONES** beneficiarse o ser perjudicada por la ineficacia de un acto jurídico en el cual no participó, además el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema y se debe verificar la supuesta falta al deber de información de la AFP, en caso de confirmarse el fallo, solicitó condenar a la AFP a pagar los perjuicios generados (53:28 archivo “44LinkAudiencia14Diciembre20222020318”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Luz Sthephanie Diaz Trujillo CC 1.026.268.663 y TP 325.263 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y reconocimiento pensional por **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **ANA BERTHA ROJAS SANMIGUEL** nació el 27 de enero de 1961 (Pág. 107 archivo “03AnexosDemanda”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al ISS del 11 de enero de 1991 al 31 de agosto de 1996, cotizando 225,43 semanas (archivo “23HistoriaLaboral”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 24 de julio de 1996, efectivo a partir del 1º de septiembre de 1996, luego se trasladó a AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 10 de abril de 2000, efectivo desde el 1º de junio de 2000, AFP donde sigue vinculada y acumula 1026 semanas cotizadas a agosto de 2021 (Pág. 33 a 34, 40 a 42 archivo “17ConstestaciónDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivó su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, absolvió de la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez y condenó en costas a las

DEMANDADAS. Contra la anterior decisión la **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó los formularios de afiliación, sin que la firma de estos por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio que la asesoría del promotor de la AFP se limitó a señalar que obtendrían una mejor pensión y a menor edad que en el ISS, sin nunca precisar el monto que debían ahorrar para lograr la pensión de vejez, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de

cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En cuanto el recurso de apelación de la **DEMANDANTE**, no le asiste razón a que se imparta la orden de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por cuanto el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 condiciona el reconocimiento de dicha prestación al traslado de las sumas que debe retornar la **AFP DEMANDADA**, a su vez, se debe actualizar y registrar toda la historia laboral desde el RAIS al RPM y a partir de dicho instante podrán analizarse aspectos determinantes de la prestación, como el total de semanas cotizadas (que era de menos de 1026 a agosto de 2021), periodos en mora, tasa de reemplazo, IBL, fecha de disfrute de la pensión, entre otras, motivo por el cual se confirmará la absolución dada por la *a quo* en cuanto el reconocimiento pensional.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados por el tiempo de permanencia de la **DEMANDANTE**. En el momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

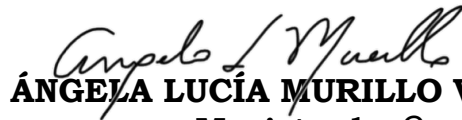
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA BERTHA ROJAS SAN MIGUEL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2020 00318 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 17-2021-00063-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 09 de diciembre de 2022, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivo su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e impuso costas a las **DEMANDADAS** (39:35 archivo “13VideoAudiencia09Diciembre2022”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 15 archivo “02Demanda”).**

NUBIA ALCIRA ALVARADO QUEMBA solicitó declarar nulo, ineficaz o inexistente su traslado al RAIS, devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 15 de mayo de 1967, que se afilió el 07 de septiembre de 1987 al extinto ISS, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses

pensionales. Aseguró que en 2020 solicitó la anulación del traslado al RAIS y su retorno al RPM, solicitud que fue rechazada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada y que negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y la **DEMANDANTE** no acreditó las falencias alegadas en la demanda, en todo caso la vinculación a la AFP cumple los requisitos vigentes para la fecha en que se realizó y no hay motivo para privarla de efectos jurídicos, a su vez afirmó que no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectar la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de aplicación del precedente de la sentencia SL373-2021, error de un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (Pág. 10 a 29 archivo “04ContestacionDemanda”).

Por auto del 20 de enero de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Pág. 56 a 57 archivo “04ContestacionDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (39:35 archivo “13VideoAudiencia09Diciembre2022”).

El 09 de diciembre de 2022, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por COLPENSIONES, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora NUBIA ALCIRA ALVARADO QUEMBA identificada con la C.C. 24.234.301, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado a través de COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; lo anterior según las razones ya expuestas. TERCERO: DECLARAR que la demandante señora NUBIA ALCIRA ALVARADO QUEMBA se encuentra

*válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la DEMANDANTE, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses y devolver además los gastos de administración y comisiones de administración, que deberán ser asumidos de su propio patrimonio, devolviendo además las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, que también deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades; lo anterior conforme a lo considerado. **QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe a favor de la DEMANDANTE la AFP PROTECCIÓN S.A. y a convalidarlos en su historia laboral. **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a las DEMANDADAS. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte. **SÉPTIMO: SE ORDENA LA CONSULTA** a favor de COLPENSIONES, Remítase el expediente al superior una vez concluya la presente audiencia (...)."*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la vinculación a la AFP se efectuó sin ninguna asesoría o participación de algún promotor del fondo, por tanto, **PROTECCIÓN S.A.** no demostró el cumplimiento diligente del deber de información y declaró ineficaz el traslado al RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la condena a costas, ya que **COLPENSIONES** resultó demandado únicamente porque administra el RPM, siendo en realidad un tercero de buena fe que no participó en el negocio jurídico que se declaró ineficaz, además tampoco podía acertar el retorno en sede administrativa por la restricción de traslado por edad, siendo necesario para aceptar dicho traslado una decisión judicial (39:35 archivo "13VideoAudiencia09Diciembre2022").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ningún apoderado presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación, los demás, en grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **NUBIA ALCIRA ALVARADO QUEMBA** nació 15 de MAYO de 1967 (Pág. 16 archivo “02Demanda”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS del 07 de septiembre de 1987 al 31 de marzo de 1999, cotizando 440,57 semanas (Pág. 17 a 21 archivo “02Demanda”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a

COLMENA AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 15 de marzo de 1999, efectivo a partir del 1° de noviembre de 2002 (Pág. 69 archivo “07ContestacionDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, reactivo su vinculación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e impuso costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia

SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica,

ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, COLMENA AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio indicó que no recibió asesoría, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años

efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado

en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

De otra parte, la **DEMANDANTE** manifestó que desde 2002 está vinculada al Magisterio, de lo cual se infiere que se encuentra en un régimen exceptuado diferente al Sistema General de Pensiones y si bien le resultaría más beneficioso permanecer en el RAIS porque el monto de la devolución de saldos es superior al de la indemnización sustitutiva, fue la **DEMANDANTE** quien a través de sus apoderados reclamó la

ineficacia del traslado, sin que este Tribunal pueda realizar alguna manifestación en contra porque se limitó a estudiar la sentencia de primera instancia en virtud del recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, por el tiempo de permanencia de la **DEMANDANTE**. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los

perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

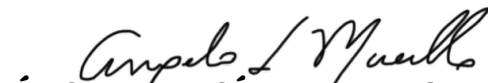
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NUBIA ALCIRA ALVARADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2021 00063 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada