



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 31-2019-00727-02

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 del **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió de la totalidad de las pretensiones a las demandadas, a las vinculadas y a la llamada en garantía y condenó en costas a la parte vencida (min. 52:50 archivo “055. Audiencia Proceso Ordinario 110013105...”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JESÚS ANTONIO PRADA CHACÓN llamó a juicio a **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** y a **SETIP INGENIERÍA S.A.**, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 18 de octubre de 1988 al 31 de julio de 2003 y desde el 01 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2018, y en consecuencia, obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación prevista en el art. 260 CST, con el correspondiente pago de las diferencias pensionales que resulten entre ésta prestación y la pensión legal de vejez, indexación de las condenas, intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993 e indemnización por perjuicios. A la par,

solicita el demandante se declare la existencia de un contrato realidad a partir del 11 de enero de 2019, y el consecuente pago de diferencias salariales, prestaciones sociales y vacaciones, junto con la sanción moratoria del art. 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria del art. 65 CST, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico indicó que sostuvo dos relaciones laborales por medio de contratos de trabajo a término indefinido con la demandada **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**: el primero, desde el 18 de octubre de 1988 al 31 de julio de 2003; y el segundo, entre el 01 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2018; que al 01 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad y al 01 de abril de 2008 con 55, por lo que es beneficiario del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1994, así como de la pensión de jubilación prevista en el art. 260 CST, indicando que el extinto ISS le reconoció una pensión de vejez a partir del 02 de mayo de 2018, por lo que el 21 de mayo de 2019 radicó derecho de petición ante **COLPENSIONES** solicitando la reliquidación de la pensión reconocida en virtud de la aplicabilidad del régimen de transición, petición resuelta el 06 de mayo de 2019, efectuándose la respectiva reliquidación de la pensión de vejez.

Continuó informando que, el 11 de enero de 2019 suscribió un contrato de prestación de servicios con la empresa **SETIP INGENIERÍA S.A.**, dentro del cual le fueron exigidos resultados y le impartieron órdenes e instrucciones por parte de la contratante, señalando que se configuraron los elementos de una relación laboral.

Para finalizar, informó que el 25 de junio de 2019, solicitó ante **OCCIDENTAL LLC** la compartibilidad de la pensión de vejez reconocida por **COLPENSIONES**, solicitud negada por la demandada habida cuenta que no acreditaba antes del 31 de diciembre de 2014 el requisito de tiempos de servicios mínimo requerido en el régimen pensional contenido en el art. 260 CST, no obstante, que esa empresa ha venido reconociendo pensiones extralegales voluntarias a trabajadores que cumplen los requisitos de edad y años trabajados, como lo es en su caso. (Pág. 13 a 21 archivo “000. 110013120190072700 ordinario completo”).

Admitida la demanda mediante en auto de fecha 19 de noviembre de 2019, se ordenó la vinculación de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Pág. 118 archivo “000. 110013120190072700 ordinario completo”).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Admitió como ciertos los hechos de la demanda numerados 5°, 6°, 12°, 13° y 14°, aceptando el reconocimiento pensional a favor del demandante, la reliquidación de la pensión de vejez y la radicación del derecho petición ante **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (Pág. 123 a 129 archivo “000. 110013120190072700 ordinario completo”).

A su turno, la sociedad **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC**, alegó la improcedencia de las pretensiones. Expresó que son ciertos los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1°, 2°, 4° y 13°, y no ser ciertos o no constarle los demás, admitiendo las dos vinculaciones laborales del demandante y sus extremos, que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y la radicación de la solicitud de compartibilidad. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho (Pág. 9 a 25 archivo “005. 2019-727 contestacion demanda”).

Por último, **SETIP INGENIERÍA S.A.**, alegó la improcedencia de las pretensiones incoadas en su contra, dijo ser ciertos los hechos de la demanda numerados 5° y 7° y no constarle los demás, admitiendo el reconocimiento pensional a favor del actor por parte de **COLPENSIONES** y la suscripción de contrato de prestación de servicios. Invocó como excepciones las de inexistencia de prescripción, improcedencia de la

indemnización moratoria o salarios donde no se prueba la male fe del demandado, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la genérica, falta de título y causa y abuso del derecho (Pág. 4 a 14 archivo “018. SUBSANACION CONTESTACION 11001310503120190072700”).

Mediante Auto proferido el 31 de julio de 2020, se admitió la solicitud de llamamiento en garantía solicitado por **OCCIDENTAL DE COLOMBIA, LLC** respecto de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, (archivo “006. 11001310503120190072700 Auto tiene por contestada la demanda y acepta llamamiento”), sociedad que dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones dirigidas en contra de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA, LLC** y propuso las excepciones de falta de inexistencia de vínculo contractual laboral con demandadas, inexistencia de solidaridad a cargo de Occidental de Colombia LLC, Occidental de Colombia LLC no fue beneficiario de servicio alguno, inexistencia de obligación a cargo de Occidental de Colombia LLC, improcedencia de sanción moratoria (art. 65 CST) y de sanción del artículo 99 Ley 50/90 y la genérica. En relación con el libelo de llamamiento en garantía aceptó como ciertos los numerados 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, admitiendo que en la demanda el actor manifiesta que existe un contrato de prestación de servicios con la empresa **SETIP S.A.**, así como que esta empresa le impartía órdenes e instrucciones, que se solicita la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo y el pago solidario a **OCCIDENTAL DE COLOMBIA, LLC** de las respectivas acreencias, la existencia del contrato comercial No. CA 3783 entre aquellas dos sociedades y la expedición de la póliza de cumplimiento No. 1948478-1.

También propuso las excepciones de no hay cobertura de no haber relación con contrato amparado por la póliza, no hay cobertura si Jesús Antonio Prada Chacón no hacía parte de personal utilizado para ejecución de contrato amparado con póliza, el amparo de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales solo aplica cuando el asegurado es solidariamente responsable, la responsabilidad de la aseguradora de pagar el amparo afectado no puede exceder el valor asegurado y la genérica (Pág. 2 a 13 archivo “010. Subsanacion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 15:23 archivo “055. Audiencia Proceso Ordinario
110013105...”)

El 21 de julio de 2022, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(...) **ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante JESÚS ANTONIO PRADA CHACÓN a las DEMANDADAS OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC Y SETIP INGENIERIA SA. **ABSOLVER** igualmente a la vinculada a la litis, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES. **ABSOLVER** a la llamada en garantía, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA, SEGUROS SURA. **CONDENAR** al demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a favor de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y SETIP INGENIERIA SA. Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses del demandante, Jesús Antonio Prada Chacón, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico, determinar qué vínculo jurídico existió entre el demandante **JESUS ANTONIO PRADA CHACON** y la demandada **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**. Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez consagrada en el artículo 260 CST a cargo de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**. Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de todos los derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios pedidos a cargo de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC** y **SETIP S.A.**, y determinar si la pensión a que tiene derecho el demandante por parte **COLPENSIONES** eventualmente podría ser compatible con una pensión del artículo 260 CST.

Para resolver, la Juez inicialmente se refirió a pensión solicitada, consagrada en el art. 260 CST, indicando que no hubo omisión de afiliación por parte del empleador y los aportes fueron cancelados oportunamente durante la vigencia de la relación laboral, por lo que el demandante no es beneficiario de dicha prestación, la cual solo se aplica cuando no hay afiliación o ésta es tardía, además que, el empleador subrogó el riesgo al ISS. Igualmente, señaló tampoco procede el

reconocimiento de una pensión sanción, porque la terminación se dio con justa causa, ni tampoco el reconocimiento de una pensión voluntaria pues esta nace de la voluntad de las partes, sin que el hecho de que el empleador haya reconocido tal pensión a determinados trabajadores, la obligue a reconocerla en las mismas condiciones al demandante. Continuó refiriéndose a la existencia de un contrato de trabajo con las demandadas **OCCIDENTAL DE COLOMBIA** y **SETIP S.A.** desde el 11 de enero de 2019 a la fecha, encontrando probada la prestación del servicio únicamente con esta última de acuerdo a la certificación laboral aportada a folio 80, por lo que revisa si la demandada desvirtúa la presunción, remitiéndose a las declaraciones recaudadas, concluyendo que se trataba de un contrato especializado y que **SETIP S.A.** cumplió con su carga desvirtuando la subordinación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado del **DEMANDANTE** presenta recurso de apelación solicitando sea revocada en su integridad la sentencia, considerando que tal como se desprende del material probatorio se acreditó que la empresa demandada dejó de reconocer al demandante la pensión de jubilación, de conformidad con lo previsto en el art. 260 CST y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 de la ley 100 de 1993, el cual tiene fundamento en el art. 18 del Acuerdo 049 de 1990, o en gracia de la discusión, a través de la figura de la compartibilidad, de reconocer el mayor valor de la mesada pensional reconocida por **COLPENSIONES**, indicando que a otros trabajadores con situaciones fácticas idénticas se les reconoció la pensión de jubilación, además de que el demandante es beneficiario del régimen de transición, por lo que aduce que el demandante recibió un trato discriminatorio.

Frente a la segunda parte del problema jurídico, alega que sí se configuró un contrato de trabajo realidad entre el demandante y la empresa **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**, por lo que se le adeudan las acreencias laborales derivadas del mismo desde el 11 de enero al 31 de diciembre de 2019, pues sí existieron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, el demandante prestó servicios en el campamento de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA**, recibió órdenes de Francisco Solano y

Ronal Herrera, portaba distintivo de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA** y estuvo sujeto a turnos diseñados por Luis Ararat, Francisco Solano y Ronal Herrera, sin poder delegar la prestación de sus servicios, además, que las funciones que ejerció en vigencia del contrato de prestación de servicios fueron idénticas a las desempeñadas en la relación laboral. (min. 53:58 archivo “055. Audiencia Proceso Ordinario 110013105...”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó la revocatoria de la totalidad de la sentencia de primera instancia, ratificando los argumentos de la alzada. De su parte, la apoderada de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** pidió que se confirme el fallo, refiriendo la carencia de soporte fáctico u jurídico de las pretensiones elevadas por el actor. De igual, el apoderado de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** solicitó la conformación de la sentencia de primer grado.

Por último, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, a quien se le reconoce y se le autoriza para actuar en tal calidad, y en su escrito de alegatos solicitó confirmar el fallo proferido en primera 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 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico, le corresponde a la Sala determinar: **i)** si demandante es acreedor o no de la pensión de jubilación legal prevista en el art. 260 CST y, **ii)** si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 11 de enero de 2019, en caso afirmativo, si

le asiste derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales rogadas en la demanda.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** El demandante sostuvo dos relaciones laborales con la demandada **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**, la primera entre el 18 de octubre de 1988 al 31 de julio de 2003 y la segunda entre el 01 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2018 (Pág. 1 a 14 archivo “003. PRUEBAS CONTESTACION OCCIDENTAL” y Pág. 88 archivo “000. 11001310503120190072700 ordinario completo”); **ii)** Al 01 de abril de 1994, el demandante contaba con 40 años de edad y al 01 de abril de 2008 con 55 años, pues nació el 15 de junio de 1953 (Pág. 38 archivo “000. 11001310503120190072700 ordinario completo”); **iii)** **COLPENSIONES** reconoció al demandante una pensión de vejez mediante Resolución SUB 118250 del 02 de mayo de 2018, en cuantía equivalente a \$9.851.046, efectiva a partir del 01 de mayo de 2018, prestación reliquidada a través de Resolución DPE 2585 del 06 de mayo de 2019, en cuantía inicial de \$13.697.259 (Pág. 65 a 75 y 89 a 98 archivo “000. 11001310503120190072700 ordinario completo”); **iv)** El demandante suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandada **SETIP INGENIERÍA S.A.** el 11 de enero de 2019 (Pág. 79 a 87 y 115 archivo “000. 11001310503120190072700 ordinario completo”).

- **Procedencia de la pensión de jubilación legal consagrada en el art. 260 CST**

Para resolver sobre este punto, conviene precisar que el artículo 260¹ CST, cuya aplicación pretende el demandante, consagró un régimen pensional a cargo del empleador, a favor de aquellos trabajadores que hubieran llegado a los 55 años de edad, si es varón, o 50 años si es mujer, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos a una misma

¹ “Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de \$ 800.000 o superior, que llegue o haya llegado a los 55 años, si es varón, o a los 50 años si es mujer, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o de vejez, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio”

empresa, ello de acuerdo con el numeral primero del artículo 259² del mismo estatuto; régimen que mantuvo vigencia hasta el momento en que fue sustituido por el del seguro social obligatorio de carácter contributivo, con todas las consecuencias que ello aparejó, entre ellas, la modificación de los requisitos para la causación del derecho pensional.

Así, con la aparición del régimen del seguro social obligatorio, se produjo la subrogación del empleador en la cobertura de las contingencias derivadas de la invalidez, vejez y muerte para las personas a quienes el nuevo sistema se comenzó a aplicar, para lo cual el numeral 2³ del artículo 259 CST, reconoció al entonces Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la facultad de adoptar sus propios reglamentos; por manera que, la adopción de los mismos, comportó una sustitución de sistemas, en la cual la pensión del artículo 260 CST vino a ser reemplazada por la pensión de vejez regulada por los ya referidos reglamentos, y a partir del primero (01) de abril de 1994, por la Ley 100 de 1993; sin perjuicio claro está, de los derechos adquiridos o las expectativas fundadas protegidas por el régimen de transición pensional.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se encuentra acreditado que el demandante alcanzó la edad de 55 años el 15 de junio de 2008 y laboró al servicio de la demandada **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**, en una primera oportunidad, entre el 18 de octubre de 1988 al 31 de julio de 2003, esto es por un espacio de 14 años, 09 meses y 13 días; verificándose que durante la vigencia de dicha relación laboral estuvo afiliado en pensiones al Instituto de Seguro Social hoy **COLPENSIONES**, y que su empleador canceló los correspondientes aportes hasta la fecha de terminación del vínculo (Pág. 71 a 77 archivo “000. 11001310503120190072700 ordinario completo”).

² “1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.”

³ “2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

Entonces, como quiera que para la fecha en que inició la relación laboral entre las partes, ya el entonces Instituto Colombiano de Seguros Sociales había subrogado al empleador en la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y la pensión de vejez había reemplazado la de jubilación del artículo 260 CST, la afiliación y cotización a favor del demandante relevó a la parte demandada de la responsabilidad pensional que hoy se le reclama. En ese contexto, no es admisible reclamar al sistema de seguridad social una prestación transitoria de naturaleza patronal, que fue derogada de manera expresa por el artículo el 289 de la Ley 100 de 1993, respecto de la cual no tendría derecho en su condición de afiliado al subsistema de pensiones, toda vez que al ser vinculado al régimen de prima media con prestación, quedaron subrogados los riesgos de vejez, invalidez y muerte a cargo de su empleador.

Así, concluye la Sala, que la situación pensional del actor no se rige por las normas que regulaban la pensión de jubilación a cargo del empleador en el CST, pues las mismas perdieron vigencia al haber asumido el Instituto de Seguro Social las prestaciones por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a cargo del empleador **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**.

En consecuencia, la normatividad que gobierna el derecho pensional del demandante son los reglamentos del ISS, que para el caso concreto vendría a ser el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud de la no controvertida condición de beneficiario del régimen de transición, como con acierto lo determinó **COLPENSIONES** a través de Resolución DPE 2585 del 06 de mayo de 2019, pues precisamente por haber satisfecho el demandante los presupuestos allí previstos, se liquidó su pensión de vejez con base en tal Decreto, oportunidad en la cual por demás tuvo en cuenta todo el tiempo de servicio prestado por el actor en favor de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA**.

Baste lo anterior, para colegir que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de jubilación que se reclama en aplicación

del artículo 260 CST, circunstancia que amerita confirmar en este punto la absolución de la sentencia apelada.

- **Sobre la existencia de la relación laboral.**

Para definir sobre la existencia de la relación laboral en los términos pedidos en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 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 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.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la 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 SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, entre otras.

Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Teniendo en cuenta el anterior soporte normativo y jurisprudencial y las reglas anteriormente referidas, y conforme al análisis del acervo probatorio vertido en autos, tal como lo indicó la *a quo*, en este asunto no se acreditó tan siquiera la efectiva prestación personal del servicio del demandante a favor de la sociedad accionada **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC** con posterioridad al 31 de diciembre de 2018, de manera que, frente a esta accionada no resulta dable darse aplicación a la presunción antes citada.

Lo anterior, por cuanto el demandante confesó en su interrogatorio que después de diciembre de 2018 no firmó contrato de ningún tipo con **OCCIDENTAL DE COLOMBIA**, pues el contrato de prestación de servicios celebrado en enero de 2019 fue suscrito únicamente con la empresa **SETIP**, indicando que era ésta última quien cancelaba sus honorarios y ante quien debía justificar los días trabajados en el mes; aclarándose, los simples dichos del actor relacionados a que aun con la suscripción del contrato de prestación de servicios con **SETIP**, continuó realizando la misma actividad que desempeñaba en favor de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA**, no bastan para fallar a su favor, pues precisamente éstos eran los que debía probar, sin que ello así hubiese ocurrido (min. 11:12 archivo “036. AUDIENCIA PROCESO 110013105...”).

Aunado, ninguna documental da cuenta de la referida prestación del servicio en favor de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA** y, muy por el contrario, los medios de convicción recaudados, de cara a las declaraciones escuchadas ante esta audiencia, corroboran que el demandante prestó sus a favor de dicha sociedad únicamente hasta el 31 de diciembre de 2018, pues a partir del día siguiente, 01 de enero de 2019, se vinculó con la empresa **SETIP** a través de un contrato de

prestación de servicios especializados; resaltándose, la prueba testimonial aportada por el demandante carece de la fuerza demostrativa pretendida, en tanto al señor JOSÉ ANTONIO PORTELA no es mucho lo que pueda constarle de manera directa frente a la prestación del servicio del demandante durante el año 2019, en razón a que el testigo solo trabajó con el demandante hasta el 31 de diciembre de 2018, fecha para la cual se retiró por jubilación (min. 25:10 archivo “036. AUDIENCIA PROCESO 110013105...”). Y, por su parte, el señor JUAN CARLOS PRADA confirmó que para dicha anualidad el contratante del demandante lo fue **SETIP**, informando además que también era contratista de esa empresa hasta mediados de mayo de 2019, empresa que cancelaba la remuneración del demandante de acuerdo a su experiencia, además, que la misma dependía de la asignación de una tarifa por día trabajado (min. 37:56 archivo “036. AUDIENCIA PROCESO 110013105...”).

Caso contrario sucede con la demandada **SETIP INGENIERÍA S.A.**, dado que con sí se encuentra ampliamente demostrada la prestación personal del servicio por parte del actor y en favor de aquella entre el interregno de tiempo comprendido entre el 11 de enero al 31 de diciembre de 2019, pues así fue aceptado por la pasiva desde la contestación de la demanda al referirse al hecho 7º y a la pretensión 8ª declarativa, y por demás se constata con las documentales aportadas, tales como *CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN REACONDICIONAMIENTO Y SERVICIO A POZOS Y RSU* celebrado entre las partes el 11 de enero de 2019 y certificación suscrita por la Representante Legal de la demandada el día 03 de octubre de 2019 (Pág. 79 a 87 y 115 archivo “000. 11001310503120190072700 ordinario completo”), quedando entonces así probada la presunción de que trata el artículo 24 CST, por virtud del cual toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que se itera, le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral, reubicándose la carga de la prueba en cabeza del extremo pasivo en los términos ya referidos.

En ese orden, y al existir prestación personal del servicio por parte del accionante en favor de la empresa **SETIP INGENIERIA S.A.**, para esta Sala de decisión, y tal como lo adujo la juez de primer grado, la presunción legal que de esta prestación emana, fue desvirtuada por la traída a juicio, por cuanto del estudio del diligenciamiento no se evidencia la configuración de una subordinación, que es el elemento característico de toda relación laboral.

Lo dicho, en razón a que si bien quedó plenamente acreditado que el demandante prestó sus servicios a favor de la encartada por lo menos por periodos de tiempo equivalentes a 15 días al mes, en el campamento denominado “*La Cira Infantas*”, ubicado en el corregimiento centro de la ciudad de Barrancabermeja, probando así su concurrencia habitual, lo cierto es que la actividad contratada se ejecutaba de manera autónoma e independiente, pues su función consistía en la consultoría especializada en reacondicionamiento y servicio a pozos, sin que en el desarrollo de la misma, el demandante se encontrara sujeto al cumplimiento y/u obediencia por parte de **SETIP** de alguna directriz.

Se resalta, en el interrogatorio de parte rendido por el promotor del proceso, señaló que nunca recibió una orden de **SETIP** sobre cómo debía entregar informes y que **SETIP** nunca le indicaba absolutamente nada sobre la forma en que realizaba el trabajo requerido, agregando que desempeñaba su labor de acuerdo a la experiencia que tenía; circunstancia que se acompaña con lo informado por la totalidad de los deponentes, quienes coincidieron en señalar que el demandante era un consultor de amplia experiencia en el campo de hidrocarburos; resaltándose la declaración del señor ANDRÉS MAURICIO BERMÚDEZ, quien informó que el demandante era autónomo en sus solicitudes de vuelos comerciales, pues decidía por su propia cuenta a la ruta y fechas de viaje, además, comentó que la dotación que consistía en overoles especiales, eran entregados por **SETIP** en sus oficinas para asegurar el cumplimiento de las características requeridas por el servicio prestado (min. 1:12:00 archivo “036. AUDIENCIA PROCESO 110013105...”).

En síntesis, con las anteriores consideraciones, se derriban las afirmaciones del recurrente relacionadas a que la labor ejecutada por el

demandante se realizaba con la exigencia de resultados, de la presentación de informes o cuentas y atendiendo órdenes e instrucciones de la demandada, dado que para la Sala es claro que el demandante nunca acató alguna pauta directa de la llamada a juicio.

Corolario de todo lo anterior, en el caso de marras se desvaneció la subordinación como elemento constitutivo de un contrato de trabajo, quedando desvirtuada la presunción que en principio cobijó al demandante, encontrándose, contrario a lo solicitado en la alzada, lo que se evidencia es una prestación del servicio en virtud de contrato de prestación de servicios especializados, razones que resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia. Así las cosas, agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

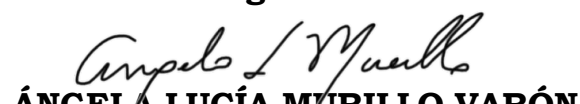
RESUELVE

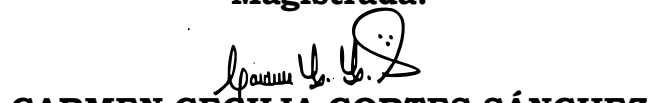
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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. 31-2021-00445-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 09 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones, condenando en costas al demandante (*min. 38:09 Enlace Segunda Parte*, archivo “024. 2021-445 Acta Fallo”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ MOLINA llamó a juicio a **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. EN REORGANIZACIÓN** y solidariamente a **CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S. HOY LIQUIDADA**, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 03 de junio de 1996 al 31 de enero de 2020 y, en consecuencia, se condene a las demandadas solidariamente a pagar los salarios causados en los meses de abril y diciembre de 2019 y enero de 2020, aportes al sistema de seguridad social en pensiones correspondientes a los meses de mayo de 2013 y de enero de 2018 a enero de 2020, indemnización por despido sin justa causa, bonos *bigpass* de alimentación adeudados desde noviembre de

2017 a agosto de 2018, beneficios de compensación, indemnización moratoria, reliquidación de prestaciones sociales, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que ingresó a laborar para la empresa **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA. hoy CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. EN REORGANIZACIÓN** el día 3 de junio de 1996 mediante la modalidad por duración de la labor contratada, suscribiendo el día 01 de agosto de 1.996 otrosí No. 1 en el que las partes acordaron que prestaría sus servicios en el municipio de Rionegro, Antioquia, laborando bajo ese contrato hasta el 31 de julio de 2007, tiempo durante el cual prestó sus servicios tanto en esa sociedad como en CANO JIMÉNEZ CONCESIONES.

Manifestó que, a partir del 01 de agosto de 2007, firmó contrato a término indefinido con la sociedad OBRAS CIVILES E INMOBILIARIAS S.A., para desempeñar el cargo de Coordinador de Compras y Subcontratos, empresa que no efectuó el pago de parafiscales; luego, el 01 de agosto de 2008, el señor José Gabriel Cano Hernández, representante legal de la SOCIEDAD OBRAS CIVILES E INMOBILIARIAS S. A. firmó sustitución patronal a la empresa CANO JIMÉNEZ CONCESIONES S.A., Representada legalmente por la señora María del Pilar Cano Hernández, en calidad de empleador sustituto, asumiendo todos y cada una de las obligaciones emanadas del contrato laboral, empresa para la cual laboró hasta el mes de diciembre de 2010.

Continuó señalando, que a partir del 01 de diciembre de 2010, la sociedad **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.**, asumió la posición contractual y/o jurídica que la sociedad CANO JIMÉNEZ CONCESIONES S.A. tenía en todos los contratos en virtud de la fusión de las dos sociedades, a través de la cual la primera absorbió a la segunda, la cual quedó disuelta.

Señaló que, mediante otrosí retroactivo al 01 de marzo de 2012, el empleador **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.** modificó la remuneración del demandante a la suma de \$7.367.996 más unos beneficios no salariales por \$871.696, manteniendo vigente en su totalidad el contrato de trabajo suscrito entre las partes desde el 01 de agosto de 2007, y que el 06 de junio

de 2012 se modificó el contrato en la modalidad de pago salario integral por la suma de \$8.500.000 con vigencia a partir del 01 de marzo de 2012; asimismo, que las partes pactaron una bonificación por cumplimiento del 100% de los indicadores aprobados dentro del sistema de gestión unificada SGU, pagadera en el mes de marzo del año siguiente.

Dijo que la empresa **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.** expidió certificación laboral el día 23 de enero de 2014, certificando que el demandante se encontraba vinculado a esa empresa desde el día 03 de junio de 1996, desempeñando el cargo de jefe de logística compras, con contrato a término indefinido, con ingreso fijo mensual de \$9.060.024 m/cte., integrado por sueldo básico integral de \$8.002.000 m/cte. y unos beneficios fijos de carácter no salarial de \$1.058.024 m/cte.; empero, a partir del 01 de enero del 2017, la empresa CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S., pretendió la existencia de un contrato de trabajo el cual nunca fue firmado por el demandante.

Por otro lado, indicó que la empresa CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S., dio por terminado el contrato de trabajo el día 31 de enero de 2020, con fundamento en lo establecido en el artículo 64 CSTSS, insistiendo el actor en que el contrato de trabajo nunca se suscribió con la empresa que lo despidió, ya que el último contrato firmado fue con **CANO JIMENEZ ESTUDIOS S.A.**

Por último, dijo que la empresa **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.**, no canceló lo correspondiente a su crédito de libranza con el Banco de Bogotá, a pesar de que le descontaba los dineros de su nómina, igualmente, dijo que la demandada adeuda bonos de *BigPass* de alimentación desde el mes de noviembre del año 2017, la liquidación final, salarios, indemnizaciones, pagos de seguridad social y parafiscales.

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. EN REORGANIZACIÓN** se opuso a las pretensiones, expresó que son ciertos los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1, 2, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 13 y 14, parcialmente ciertos el 3, 7, 8, 10, 15 y 20, y no ser ciertos o

no constarle los demás, aceptando la vinculación laboral con el demandante a través de un contrato por la obra contratada entre el 03 de junio de 1996 a diciembre de 2016, indicando que a partir del 01 de enero de 2017 el ex trabajador fue contratado por CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S. hoy cancelada. Formuló las excepciones de inexistencia de relación laboral entre **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ MOLINA** y **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. EN REORGANIZACIÓN**, inexistencia de solidaridad laboral alegada, buena fe por parte de **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. EN REORGANIZACIÓN** y prescripción (*archivo “010.Contestación demanda”*).

Mediante providencia dictada en audiencia del 10 de febrero de 2022, la Juez de primer grado dispuso la terminación del proceso frente a la demandada CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S., tras considerar que la sociedad fue liquidada y disuelta, decisión que no fue objeto de reproche alguno (*archivo “014.Audiencia”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:10 Enlace Segunda Parte, *archivo “024. 2021-445 Acta Fallo”*)

El 09 de junio de 2022, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ MOLINA** en calidad de trabajador y **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.** en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 03 de junio de 1996 al 30 de diciembre de 2016. **ABSOLVER** a la demandada **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.** de la totalidad de pretensiones incoadas por el demandante. **CONDENAR** al demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de 1 SMLMV. Como quiera el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses del demandante, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada. Se notifica la sentencia. (...)”*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer cuál fue la causa o motivo de terminación del contrato de trabajo, cuál fue la relación laboral real existente entre las partes y si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios pedidos en la demanda.

Para resolver, la Juez inicialmente se refirió a los art. 22 y 23 CST, señalando que como quiera que el proceso se terminó frente a CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S. por estar disuelta y liquidada, solo estudiaría la relación laboral frente a la demandada **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.**, para la cual efectuó un recuento de las pruebas recaudadas, concluyendo que el demandante estuvo vinculado mediante dos relaciones laborales diferentes, la primera con **CANO JIMENEZ ESTUDIOS S.A.** desde el 03 de junio de 1996 hasta el 30 de diciembre de 2016, ello de acuerdo con las pruebas documentales y a lo confesado por el demandante al referirse a las preguntas 2, 3 y 7 del interrogatorio de parte, al indicar que su relación siempre fue con **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS**, que sí firmó otrosí en el año 2017 y previo a la suscripción también firmó renuncia, sin que haya prueba que compruebe vicio de nulidad, y una segunda relación laboral con CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S. entre el 01 de enero de 2017 al 31 de enero de 2020. Seguidamente, descendió a resolver la excepción de prescripción, coligiendo que al haber terminado la relación el 30 de diciembre de 2016 y al haberse radicado la demanda en el año 2021, operó el término trienal frente a los derechos laborales cuyo reconocimiento se solicitó, que corresponde al beneficio de compensación a partir del mes abril año 2014. Con relación al pago de aportes al SSS del año 2013, señaló que, al revisar el resumen de semanas cotizadas, no se advirtió pago insoluto por dichos periodos. Por último, se pronunció con relación a la solidaridad invocada, señalando que no es procedente por cuanto no se cumplen los supuestos para que pueda predicarse, que tampoco hubo una unidad de empresa, pues son dos personas jurídicas distintas, con objeto social distinto, sin que el hecho de que tengan los mismos representantes configure la unidad de empresa y tampoco se demostró vínculo de dependencia entre una y otra.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación solicitando sea revocado el fallo de primera instancia, y sean tenidas en cuenta todas y cada una de las pruebas aportadas al expediente, las que a su sentir no fueron valoradas por la juzgadora de primera instancia, en especial frente al acta de terminación de acuerdo allegada al proceso en archivo 13, considerando que en dicho documento la demandada manifestó que sí está en el proceso, que de manera voluntaria dio por terminado el

contrato y que no tendría lugar a indemnización, cosa contraria a lo que informaron los testigos; indicó que en el diligenciamiento no obra liquidación del contrato, los otros íes fueron utilizados para coaccionar al demandante para firmar, quedando claro que la empresa tuvo una posición dominante, también señaló que el Juzgado no tuvo en cuenta que desde el año 1996 el demandante laboró para los mismos dueños y el servicio lo prestó solidariamente para todas las empresas. (*min. 39:08, Enlace Primera Parte, archivo "024. 2021-445 Acta Fallo"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó la revocatoria de la sentencia y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos elevados en la alzada. Agotado el término, el apoderado de la **DEMANDADA** no presentó alegatos.

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 los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho al demandante a declarar que existió un único contrato de trabajo con la demandada entre el 03 de junio de 1996 al 31 de julio de 2017, y en caso afirmativo, si le asiste derecho al reconocimiento y pago de las acreencias rogadas en la demanda, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, no existe controversia que entre la demandada **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LTDA. hoy CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. EN REORGANIZACIÓN** en condición de empleadora, y por otro, el demandante **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ MOLINA** en condición de trabajador, se celebró un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada el día 03 de junio de 1996 para

desempeñar el cargo de supervisor operación peajes, contratación inicialmente cedida a partir del 01 de agosto de 2007 a la empresa OBRAS CIVILES E INMOBILIARIAS S.A. - OCEISA y, posteriormente sustituida desde el 01 de agosto de 2008 a la empresa CANO JIMÉNEZ CONCESIONES S.A., sociedad que fue absorbida por la demandada **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A. EN REORGANIZACIÓN** desde el 01 de diciembre de 2010, quien figura como empleador inicial; y desde dicha data, asume todos los derechos y obligaciones en los términos pactados en el contrato de trabajo. Fluye lo anterior, de las afirmaciones admitidas por la pasiva desde la contestación y por demás confirmadas con la documental aportada, tales como: contrato individual de trabajo de duración por la labor contratada de fecha 04 de junio de 1996 (pág. 2 a 3 archivo “003. ANEXOS10092021_164304” y pág. 20 a 21, archivo “010.Contestación demanda”), contrato individual de trabajo celebrado entre el demandante y la empresa OCEISA el 01 de agosto de 2007, sustitución patronal suscrita entre OCEISA y CANO JIMÉNEZ CONCESIONES S.A. el 01 de agosto de 2008, Otrosí No. 1 de fecha 01 de marzo de 2012 y certificaciones laborales expedidas por la demandada **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.** fechadas del 23 de enero de 2014 y 08 de septiembre de 2017 (pág. 5 a 10, 16, 24, 26 archivo “003. ANEXOS10092021_164304”).

Aclarado lo anterior, se advierte finalmente que la inconformidad del recurrente se origina en los extremos cronológicos de la relación laboral señalada, pues aduce que la contratación que existió entre las partes se mantuvo vigente desde el año 1996 al 31 de enero de 2020, en tanto el demandante nunca firmó la terminación del contrato, ni tampoco suscribió contrato de trabajo alguno con la sociedad liquidada CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S., considerando que el empleador tuvo una posición dominante, coaccionando al trabajador a firmar el otrosí que reposa en el diligenciamiento.

En ese sentido, y en la medida que no existe discrepancia frente al alegado vínculo de índole laboral entre las partes durante el lapso comprendido entre el 03 de junio de 1996 y el 30 de diciembre de 2016, es claro que el estudio del presente caso debe delimitarse a los hechos ocurridos con posterioridad a dicha calenda, a efecto de verificar si la prestación del servicio por parte del demandante y a favor de la demandada se mantuvo con posterioridad.

- **Sobre la existencia de la relación laboral.**

Para definir sobre la existencia de la relación laboral en los términos pedidos en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 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 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.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la 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 SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, entre otras.

Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la

presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Teniendo en cuenta el anterior soporte normativo y jurisprudencial y las reglas anteriormente referidas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes únicamente por el interregno de tiempo comprendido entre el 03 de junio de 1996 al 30 de diciembre de 2016 y negó las pretensiones de la demanda, pues en el *sub lite* no se acreditó la efectiva prestación personal del servicio del señor **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ** a favor de la sociedad **CANO JIMENEZ ESTUDIOS S.A.** con posterioridad al 31 de diciembre de 2016, de manera que, no resulta dable darse aplicación a la presunción antes citada, como pasa a explicarse:

Para iniciar, en verdad ningún medio probatorio aportado al proceso acredita la prestación personal del accionante para la encartada con posterioridad a esa data, así hubiese sido mediante otra modalidad contractual.

Ha de tenerse en cuenta, los documentos arribados por las partes, muy por el contrario de probar las afirmaciones del demandante encaminados a demostrar que el vínculo laboral se mantuvo hasta el año 2020, corroboran la postura de la Juez de primer grado en cuanto a que la relación laboral que ató al actor con la sociedad **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.** culminó en el mes de diciembre de 2016, siendo que a partir del día siguiente comenzó una nueva y distinta relación laboral con la sociedad CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A.S. Nótese, aun cuando el contrato individual de trabajo a término indefinido de fecha 02 de enero de 2017 no cuenta con la firma del trabajador, éste si impuso su rúbrica en el *Otrosí* #1 del 24 de enero de 2017, mediante el cual **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ MOLINA** y CANO JIMÉNEZ SERVICIOS S.A. modificaron el contrato de trabajo, excluyendo del salario cualquier beneficio adicional (pág. 32 a 36, archivo “010.Contestacion demanda”); verificándose además, que fue la empresa liquidada la que adoptó la decisión de terminación del contrato laboral el día 31 de enero de 2020, frente a la cual el accionante consignó “*Solicito fecha probable de pago salarios adeudados, prestaciones sociales, indemnizaciones de ley y demás deudas pendientes a la fecha*”, sin exponer

reproche alguno frente a la calidad de empleador por parte de quien suscribió la misiva de despido, esto es, CANO JIMENEZ SERVICIOS S.A.S., pues a la inversa, reafirmó su vinculación laboral con esta empresa refrendando el formulario de entrega de funciones el día 31 de enero de 2020 (pág. 27 a 28, archivo “003. ANEXOS10092021_164304”).

Asimismo, en la historia laboral allegada al expediente se observa que la accionada **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.** cotizó en pensiones a favor del actor hasta el 31 de diciembre de 2016 y, a partir del 01 de enero de 2017 figuran cotizaciones por parte del empleador CANO JIMENÉZ SERVICIOS (pág. 30 a 38, archivo “003. ANEXOS10092021_164304”); documentos todos estos que en conjunto constatan que la relación laboral entre las partes finalizó en diciembre de 2016 y no en el extremo final invocado por el gestor del proceso.

Ahora, en el devenir probatorio se practicó el interrogatorio de parte al demandante, quien confesó haber firmado el citado *Otrosí* No. 1 con la empresa CANO JIMENEZ SERVICIOS, eso sí, atribuyendo la suscripción a una posición dominante de la empresa, quien condicionó el pago de viáticos a la firma de tal documento, sin que al plenario se haya adosado prueba que demuestre que el documento se erija como engañoso, pues contrario a lo sostenido por el demandante, no se avizoran vicios que invaliden dicha suscripción, en tanto no se acreditó el constreñimiento o empleo de la fuerza por parte de la accionada para obtener el consentimiento de su empleado para terminar la relación laboral en diciembre de 2016, menos aún para obtener su vinculación a través de la empresa liquidada CANO JIMENEZ SERVICIOS S.A.S.; tampoco medio error suficiente para enervar éste y mucho menos el dolo indispensable para la afectación del susodicho consentimiento.

De la misma manera, de la prueba testimonial recaudada, no se puede predicar con grado de certeza, la relación laboral en los términos invocados por el actor, en tanto ninguna de ellas cobra la fuerza probatoria necesaria para acreditar la prestación personal del demandante para con la demandada durante el periodo 2017- 2020, pues los testigos traídos por la parte actora rindieron sus declaraciones basadas en lo que les contó el demandante, pues nada les consta de manera directa sobre las condiciones de la contratación que éste sostuvo con la pasiva, incluso coincidiendo en

señalar que no es posible determinar a favor de cuál de todas las empresas de CANO JIMENEZ trabajaba del señor **CARLOS MARTÍNEZ**, ni cuál de ellas le cancelaba su salario; lo que inminentemente conduce a la carente demostración de la prestación de servicio en los extremos cronológicos rogados en la demanda.

Por el contrario, la testigo aportada por la demandada, señora MABEL GAMEZ MADERO, confirmó la terminación del contrato de trabajo entre el demandante y **CANO JIMÉNEZ ESTUDIOS S.A.** en el mes de diciembre de 2016, informando que el señor **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ** firmó un nuevo contrato con CANO JIMENEZ SERVICIOS S.A.S., el cual tenía una cláusula que garantizaba la totalidad del tiempo de servicio prestado para un eventual pago de una indemnización si se daba por terminado con el contrato sin justa causa, aclarando que no se trató una sustitución patronal, pues lo que se dio fue una nueva contratación, por lo que los pagos a seguridad social y salarios a partir de allí empezaron a correr por cuenta del nuevo empleador; señalando de igual forma que el demandante no hizo ningún reclamo frente al cambio de empleador.

De otra parte, con respecto al alegato del recurrente relacionado a la omisión de la Juez de primer grado en valorar la documental aportada al expediente y que reposa en el archivo “013. Acta de Terminación Contrato”, ha de recordarse, la oportunidad procesal otorgada a las partes para impugnar las decisiones proferidas por el fallador de primera instancia, corresponde a la audiencia contemplada en el artículo 77 CPTSS, luego si la parte demandante pretendía que se tuviera como prueba dicho documento, absteniéndose el *a quo* de tenerlo como tal, debió la parte interesada haber hecho uso de los recursos de ley para impugnar la decisión notificada en estrados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 65 *ibidem*; acotándose, una vez revisada la audiencia celebrada el pasado 10 de febrero de 2020 (archivo “014. Audiencia”), se vislumbra que concluida por la Juez la etapa correspondiente al decreto de pruebas, concedió el uso de la palabra a cada uno de los apoderados litigantes, sin que ninguno de ellos presentara inconformidad alguna al respecto, pues únicamente se impetró recurso de reposición y en subsidio apelación por parte del apoderado de la demandada frente a la negativa del decreto de la prueba de oficio solicitada. De manera que, la inconformidad del demandante frente a las decisiones notificadas en su momento en lo que atañe al decreto de las pruebas pedidas, no puede

servir en este momento procesal para revivir términos u oportunidades perdidas por el apoderado.

Para concluir, dado que de las pruebas aportadas al expediente no se establece la mera prestación personal del servicio por parte del demandante en los extremos invocados, que conllevara a tener por probada la presunción legal que reviste la legislación laboral, establece esta Sala que en el caso objeto de estudio, tal como lo concluyó la *a quo*, no hay lugar a acceder a la súplica del actor tendiente a obtener la declaratoria de la existencia de una sola relación laboral hasta el día 31 de enero de 2020, eso sí, reiterándose que no hay ninguna duda sobre la relación laboral que existió entre las partes entre el 03 de junio de 1996 al 31 de diciembre de 2016.

Sin que sobre agregar, solo en gracia de la discusión, aun cuando las aspiraciones del actor no se dirigieron en tal sentido, se confirma la improperidad de una unidad de empresa entre CANO JIMENEZ ESTUDIOS S.A. y CANO JIMENEZ SERVICIOS S.A.S., en tanto a la luz del artículo 194 CST, modificado por el 32 de la Ley 50 de 1990, no se demostró que tales empresas fueran dependientes de una misma persona natural o jurídica, que cumplieran actividades similares, conexas o complementarias, ni que una de ellas fuera la principal que predominara económicamente y la otra, filial o subsidiaria. En el sub examine, se trata de dos empresas independientes, con personería jurídica, autonomía y capital propios, que no dependen económicamente entre sí ni de otra persona jurídica, por lo que no es posible considerar que se trata de una sola.

A la par, dimana evidente que en el caso de marras no concurren las condiciones para que se configurara una sustitución patronal, figura procesal que al tenor del art. 67 CST, opera cuando se presenta un cambio de empleador y existe continuidad de la empresa y del trabajador en el servicio; fácilmente arribando a esa conclusión ante la carencia de demostración de la unidad de empresa referida en precedencia, así como frente a que la explotación económica hubiese continuado con sus elementos esenciales y que una sea la continuidad de la otra, menos aún a la continuidad y permanencia de la prestación de servicios por parte del trabajador, insistiéndose que lo que aquí ocurrió fue una contratación diferente a la finalizada en diciembre de 2016, lo que consecuentemente sobrelleva a que no exista la responsabilidad solidaria que endilga el actor.

Agotada como está la competencia de segunda instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por el abogado de la parte actora, quien no hizo referencia alguna a la procedencia de las pretensiones condenatorias en vigencia de la relación laboral probada, ni a la excepción de prescripción que se halló probada en primera instancia, se confirmará la decisión objeto de apelación que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

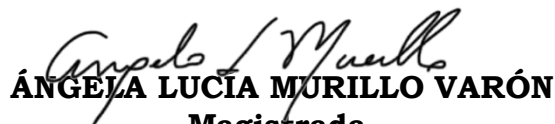
RESUELVE

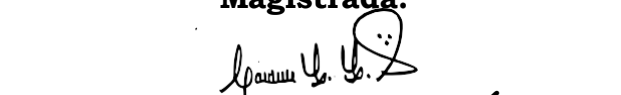
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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.32-2019-00097-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO** contra la sentencia del 24 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a los demandados de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 01:33:40, archivo “10AudienciaJuzgamiento24Febrero...”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

CESAR AUGUSTO MONTENEGRO llamó a juicio a **ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA, CRISTOFER PALOMINO DÍAZ, JENNY JAZMIN ARIZA TORRES** y **MARLON EDUARDO BOADA PALOMINO** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y la responsabilidad solidaria de los socios y, en consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, trabajo suplementario, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, pago de aportes a seguridad social, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, costas procesales y condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que trabajó para la demandada **ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA**, desde el 20 de septiembre de 2017 al 24 de marzo de 2018, como guarda de seguridad, con un salario mensual de \$1.080.000; que laboraba 24 horas al día, descansando día de por medio, causando horas extras, las cuales no se las liquidaron ni pagaron; que durante el vínculo contractual no recibió pago de prestaciones sociales y vacaciones; que el 24 de marzo de 2018 realizó la terminación del contrato por causa imputable al empleador (despido indirecto) y que la parte demandada hizo una consignación, la cual a la fecha de presentación de la demanda no había recibido (pág. 4 a 17, archivo “11001310503220190009700_C001 (1)”, subcarpeta “C001”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA, MARLON EDUARDO BOADA PALOMINO y JENNY JAZMIN ARIZA TORRES no se opusieron a la existencia del contrato de trabajo y a la responsabilidad solidaria de los socios, pero se opusieron a las demás pretensiones. Aceptaron el tipo de contrato de trabajo que tuvo el demandante, los extremos temporales, el cargo desempeñado, la composición societaria de la empresa, la existencia de dos turnos de trabajo, la fecha de terminación del contrato y la presentación de la carta de renuncia. Expresaron que los demás hechos no los admitían y formularon las excepciones de *pago de las acreencias laborales reclamadas*, cobro de lo no debido, contrato de transacción y carencia de intereses jurídico para demandar por la actora (pág. 76 a 79, archivo “11001310503220190009700_C001 (1)”, subcarpeta “C001”).

En providencia del 11 de octubre de 2019, se ordenó el emplazamiento y el nombramiento de curador *ad-litem* al demandado **CRISTOFER PALOMINO DÍAZ** (pág. 96 y 97, archivo “11001310503220190009700_C001 (1)”, subcarpeta “C001”).

El curador *ad-litem* de **CRISTOFER PALOMINO DÍAZ** se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no le constaban y formuló las excepciones de *carga de prueba*, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y la innominada o genérica (pág. 108 a 112, archivo “11001310503220190009700_C001 (1)”, subcarpeta “C001”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:33:40, archivo “10AudienciaJuzgamiento24Febrero...”)

El 24 de febrero de 2022, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO. DECLARAR PROBADAS** las excepciones de pago de las acreencias laborales reclamadas, cobro de lo no debido y contrato de transacción formuladas por los demandados ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA., JENNY YASMIN ARIZA TORRES y MARLON EDUARDO BOADA PALOMINO, así como las excepciones de carga de prueba y cobro de lo no debido formuladas por el demandado CRISTOFER PALOMINO DIAZ, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO. ABSOLVER** a los demandados ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA., CRISTOFER PALOMINO DIAZ, JENNY YASMIN ARIZA TORRES y MARLON EDUARDO BOADA PALOMINO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante CESAR AUGUSTO MONTENEGRO. **TERCERO. CONDENAR** en costas al demandante y a favor de los demandados ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA., JENNY YASMIN ARIZA TORRES y MARLON EDUARDO BOADA PALOMINO, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) smlmv. Sin costas respecto del demandado CRISTOFER PALOMINO DIAZ. **CUARTO.** En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que no hubo discusión en la existencia del contrato y los extremos temporales, pues fue aceptado por la empresa demandada en la contestación; que de la renuncia presentada por el demandante y de los demás pruebas aportadas y recaudadas no es posible predicar la configuración de un despido indirecto, dado que dicha renuncia se hizo de forma voluntaria. Sobre el trabajo suplementario dijo que existió orfandad

probatoria, sin que sea posible determinar cuáles fueron los turnos laborados, siendo carga del accionante.

Frente al pago de prestaciones sociales expresó que se allegaron las constancias respectivas, además que se suscribió contrato de transacción entre las partes, contra el cual si bien inicialmente se formuló tacha de falsedad por presuntamente no haber sido firmado y no corresponder la huella del trabajador, el mismo accionante posteriormente manifestó por escrito que la firma si era de él, pero que cuando lo suscribió el documento tenía espacios en blanco, por lo que dedujo que, ante las pruebas aportadas, con ese contrato el trabajador dio fe que recibió \$3.000.000 por concepto de cancelación de salarios y prestaciones sociales y eventuales indemnizaciones, dejando a paz y salvo al empleador. Además, que está acreditado que se constituyó un depósito judicial a favor del demandante ante el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá para el pago de la liquidación final del contrato de trabajo, por lo que concluyó que no era procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que se debe revisar la validez del contrato de transacción celebrado entre las partes, pues este es un acuerdo de voluntades y no de una sola persona, dado que en el mismo se señala que entregaron tres millones, pero no dice si son pesos, bolívares, dólares, por lo que se le puede dar cualquier interpretación; dice que esta la firma del trabajador, pero no la firma del representante legal de la empresa; además, que hay una escritura pública que se elevó el 23 de julio del 2021 ante la Notaría 14 del Círculo de Bogotá, de lo cual deduce que los demandados en los interrogatorios engañaron al despacho pues mencionaron que no conocían y que no sabían nada del señor **CRISTOFER PALOMINO DIAZ**, cuando en esa fecha estaban elevando una escritura pública entre ellos, y cuando se le preguntó en

el interrogatorio al representante legal de la demandada dijo que la firma consignada en la transacción no era de **CRISTOFER PALOMINO DIAZ**.

Manifestó que la consignación de prestaciones se realizó el 05 de octubre de 2018, por lo que se debe correr la moratoria a favor del trabajador desde el día de la finalización del contrato hasta 05 de octubre de 2018, 196 días, lo que arroja la suma de \$7.000.000, liquidado con un salario de \$1.080.000, y a este valor se podría hablar del descuento de los tres millones de pesos de la transacción, por lo que considera que si existió mala fe.

Sobre la no consignación de cesantías, señaló que la demandada tenía la obligación de pagar las cesantías desde el 14 de febrero de 2018 hasta el 24 de marzo de 2018 y no lo acreditó. Respecto del pago de horas extras indicó que, si bien la carga de la prueba le corresponde al demandante, se hizo todas las gestiones tendientes a recuperar esas minutas, pero que el demandado confesó el horario y no aportó esos documentos, por tanto, solicita se apliquen la presunción del artículo 267 del CGP (*min. 01:35:36, archivo "10AudienciaJuzgamiento24Febrero..."*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, no hubo pronunciamiento de las partes.

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 es procedente la aplicación de la presunción prevista en el artículo 267 del CGP, si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de trabajo suplementario, al pago de prestaciones sociales, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías a un fondo y si es viable el estudio de la validez del contrato de transacción.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en que entre **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO** y la sociedad **ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA** existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 20 de septiembre de 2017 y el 24 de mayo de 2018, en virtud del cual desempeñó el cargo de guarda de seguridad, así fue aceptado en la contestación y no hubo objeción por ninguna de las partes.

- **Sobre la presunción establecida en el artículo 267 del CGP y la carga de la prueba sobre trabajo suplementario y recargos**

El artículo 267 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPTSS, establece que si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento.

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).

El artículo 161 del CST, establece que la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, siendo ordinaria aquella jornada que inicia a las 6 de la mañana y termina a las 10 de la noche (art. 160 CST). A partir del 18 de julio de 2017, se redujo la jornada ordinaria hasta las 9 de la noche, en virtud de la Ley 1846 de 2017).

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

Descendiendo al caso bajo estudio, reclama el recurrente que se aplique la sanción prevista en el artículo 267 del CGP al considerar que, pese a que se solicitó y se decretó la exhibición de los documentos tendientes a demostrar las jornadas laboradas en horarios adicionales, las minutas no fueron aportados por la empresa demandada.

Al respecto, debe precisarse que para que opere la aplicación de esta sanción, se requiere de varios presupuestos, entre ellos, que la prueba de exhibición se haya decretado, que exista oposición o renuencia al aporte de la información que se solicitó exhibir y que la sanción sea aplicada por el juez al proferir la sentencia o al momento de resolver el incidente.

Al revisar el expediente se tiene que en audiencia celebrada el 07 de abril de 2021, el *a quo* ordenó a **ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA** aportar en el término de veinte días la información requerida en la demanda, entre ellas “*los libros de registro en las que se llevaba el control del trabajo extra suplementario*”. Sin embargo, durante el término concedido la referida empresa no dio cumplimiento a la orden judicial.

En audiencia del 24 de febrero de 2022, el juzgador de instancia dejó constancia del no aporte de la información, pero no impartió orden alguna y tampoco estableció la consecuencia procesal sobre dicho incumplimiento. A pesar de ello, la parte actora no hizo manifestación sobre el particular y no elevó reclamo para que resolvieran la petición que ventiló posteriormente en el recurso de apelación.

Bajo ese escenario, se deduce claramente que al no elevarse plegaria alguna por el no aporte de la documental, no se pueden aplicar las consecuencias procesales de renuencia previstas en el artículo 267 del CGP, y menos en segunda instancia, lo descarta los argumentos del recurrente.

Ahora, frente al trabajo suplementario, le correspondía a **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO** acreditar haber laborado en horas extras, domingos y festivos 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.

La parte actora, en la alzada, menciona que se debe tener en cuenta el horario de trabajo aceptado por la pasiva.

Pues bien, luego del análisis de las pruebas aportadas al expediente, la Sala confirmará la decisión absolutoria. En efecto, la parte demandada aceptó la existencia de dos turnos de trabajo, sin que dicha circunstancia sea suficiente para edificar la pretensión que se reclama, ni siquiera era suficiente el aporte de las minutas, puesto

que resultaba fundamental precisar con claridad los tiempos laborados por el demandante y este supuesto no se evidencia en el instructivo.

Por lo anterior, al no estar demostradas las horas adicionales laboradas por **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO** y, además, que no hayan sido reconocidas por el empleador con los montos adicionales, es motivo suficiente para confirmar en este aspecto la sentencia.

- Sobre el contrato de transacción y el pago de prestaciones sociales

Conforme el artículo 2469 del Código Civil, la transacción es el contrato por el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio, convenio que produce los efectos de cosa juzgada en última instancia, pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, según el artículo 2483 *ibídem*. Las precitadas normas condicionaron la validez de la transacción a que los contratantes sean capaces para disponer de los derechos objeto de la transacción, presupuesto que concuerda con el artículo 15 CST, el cual dispuso que la transacción en asuntos laborales y de la seguridad social será válida siempre y cuando trate sobre derechos inciertos y discutibles, careciendo de efectos jurídicos toda estipulación que afecte los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador o afiliado.

En el presente asunto, el apoderado actor cuestiona la validez del acuerdo transaccional celebrado entre las partes el 13 de noviembre de 2018 (*pág. 92, archivo “11001310503220190009700_C001 (1)”, subcarpeta “C001”*), al señalar que no se sabe a qué tipo de moneda hace referencia el valor allí señalado y que la firma no corresponde a la de la persona que actúa en nombre de la empresa, en este caso **CRISTOFER PALOMINO DIAZ**.

Sobre el particular, encuentra la Sala que en la demanda no hay ninguna pretensión relativa a la validez de este documento y pese a

que fue aportado con la contestación de la demanda, tampoco se presentó reforma donde se estableciera claramente que se reprochaba su autenticidad, lo que le impide a la Sala analizar los requisitos para la declaratoria de su nulidad o rescisión, en los términos del artículo 2483 del CC.

Ahora, se advierte que, en la oportunidad procesal pertinente, la parte actora formuló tacha de falsedad contra ese documento, argumentando que tanto la firma como la huella consignada no correspondían al trabajador, tacha que fue admitida por el despacho y se le dio el trámite respectivo (*min. 20:15, archivo "05AudienciaTramite07Abr2021"*). No obstante, posteriormente el mismo demandante en escrito que reposa en la página 117 del archivo "*11001310503220190009700_C001 (1)*", manifestó que la firma y la huella que aparecen en el acuerdo transaccional si son las suyas, aclarando que el documento tenía espacios en blanco y que la suma de 3.000.000 que aparecen allí no los recibió.

Siendo ello así, al no haberse cuestionado la validez del documento en la oportunidad procesal, tampoco se adujo la vulneración de derechos del trabajador, el acuerdo transaccional se considera auténtico, en los términos del parágrafo del artículo 54A del CPTSS. Además, de haber existido espacios en blanco, como lo sostiene **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO**, el contenido del documento se presume cierto, según las enseñadas del artículo 261 del CGP.

Por lo tanto, la transacción allegada por la parte demandada tiene plena validez probatoria, no siendo de recibo los argumentos expuestos en la alzada.

Se advierte que el acuerdo de transacción es válido para pactar el pago definitivo de acreencias laborales y prever eventuales indemnizaciones, siempre y cuando no se vulneren derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, y en caso de incumplimiento en el pago,

la parte interesada cuenta con las acciones judiciales idóneas para hacer exigible el cumplimiento de la obligación.

Realizada la anterior precisión, a continuación, se ocupará la Sala de resolver lo correspondiente a las prestaciones sociales reclamadas (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios).

Al plenario, **ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA** allegó constancia de transacción de fecha 21 de diciembre de 2017 que da cuenta que al demandante le fue consignada la suma de \$188.526 en su cuenta bancaria (pág. 88 y 89, archivo “11001310503220190009700_C001 (1)”), sin que se pueda determinar con grado de certeza a que corresponde ese concepto. También adosó planilla de cesantías donde se observa que el 14 de febrero de 2018 se consignaron las cesantías causadas durante el año 2017, entre ellas, las de **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO** por la suma de \$230.296. No obstante, la Sala no encontró acreditado el pago de la prima de servicios e intereses a las cesantías del año 2017, así como la liquidación final del contrato de trabajo, que dieran fe de los valores calculados y entregados el actor.

Sobre este último aspecto, obra en el expediente constancia de radicación de pago por consignación de un título judicial a favor de **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO**, de fecha 10 de octubre de 2018, y comunicación de **ANILLOS DE SEGURIDAD LTDA** dirigida al demandante donde se le informa que *“debido a su negativa a recibir lo correspondiente al pago de Prestaciones Sociales pese a los múltiples requerimientos que se le han hecho, la Empresa decidió realizar el respectivo pago por Consignación correspondiéndole al JUZGADO 6 MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTÁ. En consecuencia, usted deberá acercarse ante esta autoridad para reclamar el Título correspondiente”* SIC (pág. 84 y 85, archivo “11001310503220190009700_C001 (1)”), sin que se tenga conocimiento de cuánto fue el valor puesto a disposición, que permitiera realizar un marco comparativo entre las prestaciones sociales que por ley le correspondían al trabajador frente a los montos

reconocidos por la empresa, para determinar si existen saldos a favor del accionante, y si el título tenía autorización de pago.

Con todo, no se puede pasar por alto que el demandante no asistió a la diligencia de interrogatorio, lo que generó que el juzgado de instancia aplicara la sanción prevista en el artículo 205 del CST, declarando como ciertos, entre otros, el hecho de que al trabajador le pagaron las prestaciones sociales, que inicialmente se negó a recibir las mismas y por eso se las consignaron a órdenes del Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales, sanción que no fue objeto de reproche alguno.

Ante tal circunstancia, aunado al hecho de la transacción celebrada entre las partes, donde la suma pactada supera con creces las prestaciones sociales causadas, no le queda camino distinto a la Sala que ratificar la absolución por este concepto.

- Sobre la sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria

Según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, le corresponde al empleador consignar el auxilio de cesantías a un fondo a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al de su causación. A su vez, 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. Por su parte, el inciso 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que cuando el empleador no consigne las cesantías aun fondo de pensiones en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, 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 SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

Por su parte, el inciso 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que cuando el empleador no consigne las cesantías a un fondo en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Al efecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial (SL403-2013 SL4260-2020, SL417-2021, entre otras).

En el presunto asunto, se reclama el pago de la sanción por no consignación de cesantías entre el 14 de febrero de 2018 hasta el 24 de marzo de 2018. Al respecto, resulta pertinente precisar que las cesantías generadas en el año 2017, fueron consignadas por el empleador de forma oportuna el 14 de febrero de 2018. Y las cesantías generadas entre el 1° de enero de 2018 al 24 de enero de 2018 no se debían consignar en el fondo de cesantías, sino pagar directamente al trabajador con la liquidación final del contrato de trabajo, por lo que por este periodo no se cumplen los supuestos previstos en el inciso 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Y frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, basta señalar que al empleador le correspondía pagar las prestaciones sociales al finalizar el vínculo contractual o, en su defecto, cumplir con el procedimiento establecido en el numeral 2° de la referida norma, esto es, consignar el monto de la deuda ante el juez laboral autorizando el pago, de ser el caso, y comunicar tal decisión al extrabajador para que realice el respectivo cobro.

En el *sub judice*, **CESAR AUGUSTO MONTENEGRO** dio por finalizado el contrato de trabajo el 24 de marzo de 2018 y el empleador tan solo el 10 de octubre de 2018 puso a disposición el depósito ante la autoridad jurisdiccional y remitió comunicación en tal sentido al actor, sin que se haya demostrado de forma siquiera sumaria las razones tardías de esa actuación.

Con ocasión de la confesión presunta se dio por cierto que el demandante se negó a recibir prestaciones sociales, pero no así los requerimientos reiterados que se mencionan en la comunicación del 14 de octubre de 2018 (*pág. 84 y 85, archivo “11001310503220190009700_C001 (1)”*), carga demostrativa que el incumbía al empleador para justificar el por qué después de 6 meses se radicó en la oficina de reparto el título judicial. Al no estar acreditado ese presupuesto, en principio se causaría esta indemnización.

Sin embargo, el contrato de transacción suscrito entre las partes y la suma que allí se pactó cobija las indemnizaciones legales a que tenga derecho el trabajador, entre ellas, la pretensión objeto de estudio. Por tanto, al momento de la celebración de dicho contrato, la indemnización moratoria era un derecho incierto y discutible susceptible de transacción, como en efecto ocurrió, en la medida en que su causación dependía de la existencia de los supuestos contenidos en la norma jurídica, ocurrencia claramente debatible y que solo con esta acción se está resolviendo.

Por tanto, al pactarse y transarse previamente cualquier concepto indemnizatorio, este produce el efecto de cosa juzgada, por lo que tampoco es viable acceder al concepto reclamado, motivos suficientes para confirmar la sentencia recurrida.

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 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 CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 35-2022-00134-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, ordenó a **COLFONDOS** a devolver a **COLPENSIONES** todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, a **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **COLFONDOS** a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado, a **COLPENSIONES** a recibir todos los aportes que hubiese efectuado la demandante a **COLFONDOS** y a volver a

afiliarla al régimen de prima media, y condenó en costas a **PORVENIR** (min. 01:25:55, archivo “20Audienciaarticulo77fallo”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

ALBA LUISA TORRES TORRES llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado el 01 de diciembre de 1995 del ISS hoy **COLPENSIONES** a **PORVENIR S.A.**, y en consecuencia, se ordene a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales; igualmente que se ordene a **COLPENSIONES** a recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la demandante, se condene costas del proceso y por todos los derechos probados en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 21 de junio de 1961 y se afilió al RPM el 20 de agosto de 1982, cotizando a ese régimen un total de 880 semanas. Continuó narrando que el 01 de diciembre de 1995, encontrándose vinculada como trabajador dependiente se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR**, indicando que la aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP que la recibió, pues el traslado se caracterizó por la indebida y nula información que suministró la AFP

para convencerla que se trasladara de régimen pensional. Señaló que desde su afiliación al RAIS cotizó a través de diversos fondos de pensiones un total de 1.107,86 semanas, siendo la última entidad a la que aportó en ese régimen la AFP **COLFONDOS**, cotizando con los dos Regímenes un total de 1957.86 semanas. Indicó que **COLFONDOS** debió informarle antes del 21 de junio de 2008 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; y que el 07 de marzo de 2022 solicitó a **COLFONDOS** y a **PORVENIR** su traslado de Régimen hacia **COLPENSIONES**, entidad ante la cual también elevó derecho de petición el mismo día. (Pág. 1 a 2, archivo “01Escritodemanda”).

Luego de admitida la demanda, mediante en auto de fecha 28 de septiembre de 2022 se ordenó la vinculación de la AFP PROTECCIÓN S.A. (archivo “11Autovincula”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Dijo ser ciertos los hechos contenidos en los numerales 1 y 11 del escrito de demanda y no constarle los demás, aceptando la fecha de nacimiento de la demandante y la solicitud de traslado elevada ante esa AFP. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para

solicitar nulidad del traslado y compensación y pago. (*archivo “06Contestaciondemanda”*).

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó su oposición frente a todos y cada uno de los pedimentos de la actora; negó todos los hechos de la demanda y para cimentar su defensa invocó como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (*archivo “07Contestacionporvenir”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones, admitió como ciertos los hechos numerados de la demanda 1, 2, 3, 6 y 13, aceptando la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación en el RPM, el traslado al RAIS, la cantidad de semanas cotizadas en el RPM y la radicación del derecho de petición, expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan 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 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. (*archivo “08ContestacionColpensiones”*).

En último lugar, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en igual sentido se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho 1, admitiendo la fecha de nacimiento de la demandante y no ser ciertos o no constarle los demás.

Invocó 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 prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Colfondos y aplicación del precedente sobre los actor de relacionamiento al caso concreto (archivo “12ContestacionDemandaProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 01:07:35, archivo “20Audienciaarticulo77fallo”)

El 25 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por **ALBA LUISA TORRES TORRES**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la **AFP COLPATRIA (HOY PORVENIR S.A)**, y como consecuencia de ello, se ordena a la **AFP COLFONDOS** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. **SEGUNDO: CONDENAR** a la **AFP PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLFONDOS** a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a volver a afiliar a **ALBA LUISA TORRES TORRES** al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese*

*efectuado a la administradora de pensiones y cesantías **COLFONDOS S.A. CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y COLFONDOS. QUINTO:** En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta”.*

Para resolver, la Juez inició señalando que en el presente asunto se evidencia que la demandante nació el 21 de julio de 1961, por lo que completó la edad para acceder al derecho pensional el 16 de julio de 2018, fecha en la cual arribó a la edad de 57 años de edad y que solicitó el retorno al RPM el día 07 de marzo de 2022, esto es encontrándose dentro de la edad para acceder al derecho pensional. Punteó que la demandante se trasladó del RPM al RAIS mediante la afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR** el 23 de noviembre de 1995. Luego efectuó un recuento normativo y jurisprudencial sobre el particular, indicando que los fondos tienen un deber de proporcionar una información completa y comprensible, coligiendo que tal obligación no aparece demostrada en este caso, pues no se acreditó que a la actora se le hubiera indicado la edad máxima de traslado y el que se le hubiera dicho por parte del fondo que le convenía estar en ese fondo, debía analizarse muy detalladamente por quien estaba otorgando esa información financiera, pues son los fondos lo conocedores de la misma. Asimismo, dijo que si bien la actora realizó traslados horizontales por los diferentes beneficios que le pudieran otorgar los fondos, ello no indica que las administradoras hayan demostrado que en dichos actos jurídicos se hubiera informado de manera detallada los requisitos y la forma de proyectar la pensión de cada uno de los regímenes, permaneciendo así la insuficiencia de información.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia y en consecuencia, se absuelva a su representada de todas las pretensiones, por considerar que no se realizó un óptimo estudio del expediente administrativo de la demandante, por cuanto como ella misma lo indicó en su interrogatorio de parte, nunca escogió el RPM como su administradora de fondo de pensiones pues la demandante nunca estuvo afiliada, teniendo en cuenta que sus cotizaciones fueron realizadas a una Caja de Previsión y su régimen inicial fue el RAIS a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, por lo que no habría lugar a retrotraer ninguna afiliación. Solicitó que en caso de que no se revoque la decisión de primera instancia, se autorice a **COLPENSIONES** a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la pensión de la demandante en los montos y en la reservas no previstas para tal fin, originados por los fondos a los cuales estuvo afiliada la demandante y se ordene a los fondos no realizar deducciones por concepto de seguros de previsiones, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que esto contribuiría con la descapitalización del sistema general de pensiones del RPM. Por último, pidió no condenar a **COLPENSIONES** en costas para no descapitalizar el sistema y proteger los recursos de los demás afiliados. (*min. 01:27:43, archivo “20Audienciaarticulo77fallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** reiteró los argumentos de su recurso y de manera subsidiaria, solicitó se condicione el cumplimiento

de la sentencia por parte de esa entidad a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por parte de la AFP. De igual, el apoderado de **PORVENIR** pidió la revocatoria de la sentencia, para en su lugar absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

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 COLPATRIA hoy **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 frente a que: **i) ALBA LUISA TORRES TORRES** nació el 21 de junio de 1961 (Pág. 12 archivo “01Escritodemanda”); **ii) la DEMANDANTE** se afilió al RPM a través de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL a partir del 20 de agosto de 1982, acumulando 53,71 semanas (Pág. 3 y 60 a 63 archivo “08ContestacioColpensiones” y min. 12:20 archivo “20Audienciaarticulo77fallo”); **iii) la DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR** del 24 de noviembre de 1995, efectivo a partir del 01 de diciembre de 1995 (Pág. 62 a 65 y 83 archivo “07Contestacionporvenir”); **iv) la DEMANDANTE** se trasladó a **PROTECCIÓN** mediante formulario de afiliación No. 5439069 del 21 de junio de 2000, efectivo desde el 15 de junio de 2000 (Pág. 18 y 27 archivo “12ContestacionDemandaProteccion”) y luego se trasladó a **COLFONDOS** mediante formulario de afiliación No. 7922275 del 11 de diciembre de 2001, efectivo a partir del 01 de febrero de 2002 (Pág. 96 a 97 archivo “06Contestaciondemanda”), AFP en la cual la demandante permanece vinculada y en donde acumula 1.025 semanas a abril de 2022 (Pág. 8 a 14 archivo “04Subsanaciondemanda”).

- **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 definatorios 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 de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLPATRIA hoy **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 la pasiva, porque se

limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma de este documento la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, ni con posterioridad; situación similar ocurrió con las AFP **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS** que no probaron el deber de información a la demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores comerciales de COLPATRIA reunieron a todos los empleados del Hospital en el cual trabajaba en el auditorio y les dijeron que el ISS se iba a acabar, que se iban a pensionar con una buena suma de dinero y que en el momento que quisieran retirarse les devolvían todo su dinero, señalando que la información que le brindó la AFP al momento del traslado al RAIS fue muy breve, sin suministrarle alguna información adicional, pues no le explicaron sobre la pensión anticipada, o sobre las garantías a favor de sus beneficiarios, ni acerca de la existencia de una cuenta de ahorro individual, y si bien aceptó que no hizo preguntas al asesor y omitió contactarse con la AFP para conocer su situación pensional hasta después de estar cercana a la edad de pensión, lo cierto es que dichas circunstancias resultan insuficientes para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que tal traslado se realizó en el marco de una libertad informada, iterándose, sobre las AFP demandadas se cernía esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el

deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP, y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM.

Las alegaciones de las demandadas relativas a que la **DEMANDANTE** de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, tampoco se considerarán, habida cuenta que actos como trasladarse de AFP 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.

En cuanto a la inconformidad de **COLPENSIONES** respecto la condena de recibir a la afiliada y reactivar su vinculación al RPM, es relevante considerar que los afiliados a la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, en virtud del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 de 2016, siguieron automáticamente vinculados a dicha Caja tras la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por tanto, atendiendo que el traslado al RAIS de 1995 no generó efectos jurídicos, al 1º de julio de 2009 la **DEMANDANTE** contaba solo con 48 años y no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que en virtud del Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL y el traslado

masivo de sus afiliados al ISS que no cumplieran al 1° de julio de 2009 los requisitos para causar la precitada pensión, por lo que la **DEMANDANTE** habría terminado en **COLPENSIONES** y, en consecuencia, se mantiene la orden de que sea esa Entidad sea quien reciba la vinculación al RPM de la afiliada.

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 cargo 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 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 ordenar a **COLPENSIONES** a recibir tales aportes, 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 último, la Sala 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, 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 los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** 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, sin descuento alguno, 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 las **AFP DEMANDADAS** 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.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM, sin solución de continuidad, y a actualizar su historia laboral, una vez reciba todos los dineros que deben reintegrar las **AFP DEMANDADAS**.

TERCERO: 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.

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

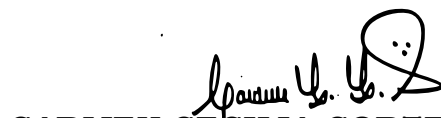
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 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: ALBA LUISA TORRES TORRES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2022 00134 01

MAGISTRADA 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.36-2021-00317-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 17 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a **COLFONDOS** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, a **COLPENSIONES** a recibir las sumas trasladadas y a imputarlos en la historia laboral, y condenó en costas a las demandadas (*min. 54:30, archivo “25AudienciaArt7780Fallo”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JUAN CARLOS MARTINEZ ULLOA 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 y nulidad del traslado de régimen pensional realizado

a **COLFONDOS**, y, en consecuencia, se ordene a la **AFP** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, debidamente indexados, junto con la condena por costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 16 de marzo de 1963 y estuvo afiliado al ISS desde 1978 hasta 1994; que el 08 de agosto de 1994, por no recibir información veraz y adecuada, firmó formulario de solicitud de afiliación o traslado a **COLFONDOS**, cuyo asesor no le informó sobre los riesgos que existían con ese traslado; que la AFP le efectuó proyección pensional la cual sería inferior a \$1.000.000, mientras que en COLPENSIONES sería de \$1.803.502. Manifestó que el 04 de diciembre de 2019 le solicitó a **COLFONDOS** la nulidad de su afiliación, la cual fue negada el 9 de diciembre siguiente, y que en marzo de 2020 elevó reclamación a **COLPENSIONES** pidiendo el traslado al RAIS, petición que también fue negada (*pág. 4 a 22, archivo “03SubsanacionDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005); buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (*pág. 2 a 20, archivo “12SubsanacionContestacion”*).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la presentación de la solicitud de nulidad y su respuesta. 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; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; 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. 8 a 27, archivo “18SubsanacionContestacionColfondos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 54:30, archivo “25AudienciaArt7780Fallo”)

El 17 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por JUAN CARLOS MARTÍNEZ ULLOA del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con fecha de solicitud del 08 de agosto de 1994, a través de COLFONDOS. **SEGUNDO: ORDENAR** a COLFONDOS a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago. **TERCERO:** Se ordena a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante. **CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción. **QUINTO: CONDENARSE** en COSTAS a COLFONDOS y a COLPENSIONES liquidándose como agencias en derecho la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas. **SEXTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, según las reglas del artículo 69 del Código de Procedimiento del trabajo y la Seguridad Social...”

Como sustento de su decisión la Juez expresó que, conforme con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae en los fondos de pensiones, y al revisar el plenario no hay constancia de ese cumplimiento pues ninguna prueba permite entrever que al aquí demandante se le

brindó esa información por parte de la AFP, por lo que concluyó que era viable la declaratoria de ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que en este proceso dicha entidad funge como tercero de buena fe, que el demandante se encuentra válidamente afiliado a **COLFONDOS** cuando de manera libre y voluntaria, y aceptando las implicaciones y consecuencias, decide trasladarse de régimen pensional, siendo el único requisito en ese momento la suscripción del formulario de afiliación y no era exigible efectuar simulaciones o proyecciones pensionales. Además, que el actor se encuentra en la prohibición legal del traslado por edad, por lo que solicita se tenga en cuenta este aspecto para garantizar el principio constitucional de la sostenibilidad financiera (*min. 56:11, archivo “25AudienciaArt7780Fallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma VENCE SALAMANCA LAWYERS GROUP SAS allegó documental que la faculta para actuar en representación de **COLPENSIONES** y a su vez sustituyó el poder al doctor Gustavo Borbón Morales, identificado con CC No. 1.069.727.701 y T.P. No. 293.864 del CSJ, a quien se le reconoce dicha calidad, y en el escrito de alegatos reiteró los argumentos elevados en la alzada.

La parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. No hubo intervención de **COLFONDOS**.

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 **COLFONDOS 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) JUAN CARLOS MARTINEZ ULLOA** nació el 16 de marzo de 1963 y se afilió al RPM a partir de junio de 1986 (*pág. 28, archivo “03SubsanaciónDemanda” e historial laboral expediente administrativo, archivo “7.1ExpedienteAdministrativo”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A.** el 08 de agosto de 1994, donde permanece actualmente (*pág. 29, archivo “03SubsanaciónDemanda”*).

- 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, **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 el demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le informaron que el ISS se iba a acabar y que si no se pasaba al fondo privado se iba a quedar sin pensión, 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 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 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 confirmará esta parte de la sentencia.

Por 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 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, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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 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: JUAN CARLOS MARTINEZ ULLOA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

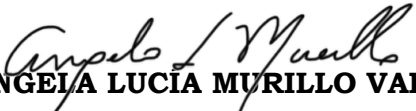
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2021 00317 01

MAGISTRADA 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. 39-2021-00198-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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, SKANDIA** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a favor de esta última, contra la sentencia del 17 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS a través de **PROTECCIÓN**, condenó a esa AFP y a **SKANDIA** a transferir a **COLPENSIONES** los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, y condenó a **PORVENIR** a transferir a **COLPENSIONES** las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con rendimientos y bono pensional, así como los demás conceptos mencionados, ordenó a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, denegó el llamamiento en garantía realizado por **SKANDIA** a **MAPFRE COMPAÑÍA DE SEGUROS** y condenó en costas a **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **SKANDIA** (Min. 01:27:43, archivo “24GrabacionAudienciaSentencia”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

LUIS FELIPE LECOMPTE MONTES llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE 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 ineficaz o nulo el traslado de régimen pensional realizado al RAIS a través de COLMENA S.A. hoy **PROTECCIÓN**, así como la ineficacia de los traslados horizontales realizados en ese mismo régimen, y, en consecuencia, solicita se condene a **PORVENIR** a reportar la novedad al Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensiones (SIAFP), efectuar el traslado de todos los saldos, entre ellos, bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos frutos e intereses según el artículo 1746 del C.C, es decir, con rendimientos, cuotas de administración, contenidas en la cuenta de ahorro individual, a **COLPENSIONES**. Igualmente, que se condene a las **DEMANDADAS** a trasladar lo descontado de la cuenta de ahorro individual a **COLPENSIONES** y se ordene a esta entidad a reactivar la afiliación, actualizando la historia laboral y a recibir los aportes, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró en entidades del sector privado de forma continua y discontinua, se afilió al ISS del 30 de agosto de 1991 hasta el 30 de abril de 1999, que tuvo como último empleador Gamadiagnostico Ltda.; que cuenta con más de 1.359 semanas cotizadas entre el RPM y el RAIS; que se vinculó al RAIS a partir de mayo de 1999; estuvo afiliado a las administradoras de fondo de pensiones COLMENA, ING, OLD MUTUAL y PORVENIR por medio de la firma del formulario de solicitud de vinculación, traslados en los

que no fue suficiente y completa la información que brindaron los asesores de las AFP para predicar que existió un consentimiento libre e informado; y que radicó reclamación administrativa ante las demandadas (pág. 1 a 19, archivo “01DemandaAnexos”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la totalidad de semanas cotizadas, que el formulario de solicitud de vinculación es elaborado por la misma AFP, la vinculación al RAIS a partir del 1° de julio de 1999 y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás 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, inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 3 a 48, archivo “09ContestacionPorvenir20211117”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación a esa entidad, los traslados horizontales realizados por el actor y la presentación de la reclamación administrativa a la AFP. 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; 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; 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; traslado de los aportes a otra administradora y la innominada o genérica (pág. 1 a 27, archivo “10ContestacionProteccion20211118”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó las vinculaciones laborales que tuvo el demandante y la radicación de la reclamación administrativa ante esa entidad. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o 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 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. 02 a 49, archivo “11ContestacionColpensiones20211118”).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó la vinculación del demandante a esa AFP y la presentación de la reclamación administrativa. 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; el demandante se encuentra inhabilitado 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 el 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 29, archivo “12ContestacionSkandiaLlamamiento20211122”). Llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (pág. 70 a 77, archivo “12ContestacionSkandiaLlamamiento20211122”), petición que

fue admitida en providencia del 05 de mayo de 2022 (*archivo “14AutoAdmiteContestacionLlamamiento”*).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones que le son desfavorables. Expresó que los hechos no le constaban y formuló las excepciones que denominó *El acto jurídico de afiliación al RAIS, y los de sus posteriores traslados a otras AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles;* inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.”; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia y la innominada o genérica. Respecto del llamamiento en garantía se opuso a pretensión de reembolso, aceptó la existencia del contrato de seguro provisional, su vigencia y los pagos realizados por SKANDIA y propuso las excepciones que denominó *frente a la acción material ejercida por la demandante, la AFP SKANDIA carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.;* MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA; prescripción de la acción

derivada del contrato de seguro y la innominada o genérica (pág. 2 a 27, archivo “16ContestacionMapfre20220603”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:27:43, archivo “24GrabacionAudienciaSentencia”)

El 17 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor LUIS FELIPE LECOMPTE MONTES del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN, con efectividad a partir del 01 de julio de 1999 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que deberá entenderse que el demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se predica de los diferentes traslados que hicieron de manera horizontal dentro del RAIS. **SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN y SKANDIA a que transfieran a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media, 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 al momento de cumplir el fallo y durante el tiempo que estuvo afiliado el actor, esto es, del 1 de julio de 1999 al 30 de septiembre de 2005 y del 1 de octubre del 2005 al 30 de abril de 2008, respectivamente. Estos conceptos deberán aparecer discriminados con los respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique y que facilite el cumplimiento de la obligación. **TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR a que transfiera a COLPENSIONES, la entidad que administra el régimen de prima media, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bono pensional de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, aclarando que desde el concepto de gastos de administración en adelante se deberán pagar de manera indexada. Estos conceptos deberán aparecer discriminados con los respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los. ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique y que facilite el cumplimiento de esa obligación. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros que trata el numeral 2º y 3º de esta decisión y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad. **QUINTO: DENEGAR** el llamamiento en garantía realizado por SKANDIA a MAPFRE COMPAÑÍA DE SEGUROS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. **SÉPTIMO: INFORMAR** a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar esta decisión y en contra de PROTECCIÓN, SKANDIA Y PORVENIR teniendo en cuenta lo explicado en la parte motiva de esta

*decisión. **OCTAVO:** CONDÉNESE EN COSTAS a PROTECCIÓN, SKANDIA Y PORVENIR dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.320.000, liquidación que deberá realizarse con base en la regla 6 del artículo 365 del CGP como se explicó en esta sentencia. Así mismo, se condena a SKANDIA a favor de MAPFRE COMPAÑÍA DE SEGUROS, dentro de las cuales se deberá incluir la suma de 800.000 como agencias en derecho. Se exonera a COLPENSIONES conforme a lo explicado en la parte motiva. **NOVENO: CONSÚLTESE** la presente decisión por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES...”*

Como sustento de su decisión la Juez indicó que en el presente caso existen dos pruebas importantes y fundamentales que rodean las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada una de las afiliaciones; en primer lugar, los formularios de suscripción que firmó el demandante en las vinculaciones que tuvo en el RAIS, formularios que por sí solos no indican cuál fue la asesoría que se le dio al actor. Y, en segundo lugar, el interrogatorio de parte, del cual dedujo que no hubo confesión, pues LUIS FELIPE LECOMPTE no manifestó que haya recibido en debida forma la información adecuada para cada afiliación que realizó, por el contrario, denota que se presentaron falencias en esa asesoría. Y si bien el accionante aseguró que le hablaron de aportes voluntarios, pensión anticipada y que sus beneficiarios podían heredar los dineros de su cuenta, concluyó que fueron aspectos generales que no pueden entenderse como una debida información. Frente al llamamiento aseguró que era improcedente dado que MAPFRE es un tercero de buena fe.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **SKANDIA** presentó recurso de apelación parcial contra la condena de trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y primas de seguros previsionales de manera indexada, y por la absolución de la aseguradora **MAPFRE**. Señaló que si bien se está aplicando un precedente judicial, dicha ineficacia deben estar regulada por las disposiciones de orden legal, entre ellas, el artículo 7° del Decreto 3995 del año 2008 que establece que cuando se efectúan traslados del RAIS al RPM solo deben trasladarse los aportes de la cuenta individual y del fondo de garantía de pensión mínima,

pero no señala de manera taxativa que deban recaer sobre los emolumentos que fueron condenados en la sentencia, ya que son rubros que no están a disposición de la entidad, en especial las primas de seguros previsionales, las cuales se encuentran en poder de la aseguradora **MAPFRE**, conceptos sobre los que recae prescripción.

Solicitó aplicar la figura de la compensación, argumentando que cuando se trasladen las sumas con sus respectivos frutos e intereses no sería necesario también aplicarles la indexación, porque sería pagar doble sanción por un mismo concepto (*min. 1:31:14, archivo “24GrabacionAudienciaSentencia”*).

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. Adujo que, si bien existe una línea jurisprudencial de la CSJ, la misma no debe aplicarse de manera homogénea, toda vez que en el presente caso la afiliación se dio de manera libre y voluntaria. Además, expresó que el demandante se vinculó a **PORVENIR** por un traslado horizontal, por lo que las cargas o deberes en materia de información que tenía el Fondo eran distintas a la de la AFP que vinculó inicialmente al afiliado, así mismo, aseguró que sí hubo confesión ya que el actor conocía algunas características del RAIS.

Por otro lado, manifestó que el accionante tuvo varias oportunidades para solicitar una doble asesoría y no lo hizo. Aseguró que los valores que se ordenaron transferir al RPM son sumas que en su momento se les dio una correcta administración, y tuvieron un incremento por el adecuado manejo de la AFP, por lo que si se establece que deben trasladarse estas sumas a **COLPENSIONES** sería un enriquecimiento sin justa causa. En todo caso, solicitó aplicar la figura de la compensación, argumentando que cuando se trasladen las sumas con sus respectivos frutos e intereses no sería necesario aplicarles la indexación, porque sería pagar doble sanción por un mismo concepto (*min 1:41:44, archivo “24GrabacionAudienciaSentencia”*).

Y finalmente, la apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Manifestó que el demandante no acredita los requisitos para trasladarse de régimen pensional respecto de los preceptos legales y jurisprudenciales. Indicó que no debe desconocerse los deberes de los afiliados a la debida diligencia, de emplear la adecuada atención y cuidado al tomar decisiones de afiliación o traslado de régimen e indicó que, según la norma, las decisiones que se tomen en el Sistema General de Pensiones, manifestadas a través de los documentos firmados, implicarían la aceptación de los preceptos legales junto con sus consecuencias (*min 1:50:19, archivo “24GrabacionAudienciaS...”*).

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.

Por su parte, la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la doctora Paola Alejandra Moreno Vásquez, identificada con CC No.1.030.536.323 y T.P. No.217.803 del C.S.J., por lo que se le reconoce tal calidad, y en el escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia.

A su vez, el doctor Miguel Ángel Cadena Miranda, identificado con CC No. 1.020.792.591 y T.P. No. 380.420 del C.S.J., allegó documental que lo acredita como apoderado de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien actúa en el presente proceso como apoderada principal de **PORVENIR**, y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

PROTECCIÓN y SKANDIA, no presentaron alegatos en segunda instancia. **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** los presentó de forma extemporánea.

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 del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a de COLMENA S.A. hoy **PROTECCIÓN**, así como la procedencia de la condena a las AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante su permanencia del afiliado en esos fondos de pensiones, debidamente indexados, y la responsabilidad de la llamada en garantía 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) LUIS FELIPE LECOMPTE MONTES** se afilió al ISS el 30 de agosto de 1991 (*pág. 72 a 77, archivo “11ContestacionColpensiones20211118”*); **ii)** se trasladó al RAIS el 07 de mayo de 1999, a través de COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, y realizó diversos traslados horizontales a las AFP

COLMENA, ING, OLD MUTUAL y PORVENIR, donde permanece actualmente (pág. 36 archivo “10ContestacionProteccion20211118”, pág. 37, archivo “12ContestacionSkandiaLlamamiento20211122” y pág. 93, archivo “09ContestacionPorvenir20211117”).

- 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.

- Sobre el llamamiento en garantía.

El artículo 64 CGP consagró la figura del llamamiento de garantía, a favor de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que haga como resultado de la sentencia en el proceso que promueva o se le

promueva, o que según la ley sustancia tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. Por su parte, el artículo 65 CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 CGP y demás normas aplicables, a su vez, el artículo 66 CGP establece el trámite del llamamiento en garantía.

La H. CSJ ha analizado la figura del llamamiento en garantía, indicando en providencia AL2622 de 2020, que tal figura consagrada en el artículo 64 CGP, permite incorporar al debate un tercero, que por vínculo legal o contractual, en caso de que el convocante sea hallado responsable frente al promotor del litigio, deba asumir la condena a reembolsar a éste lo pagado; adicionalmente, en providencia AC2900-2017, reiteró las reglas adoptadas en las sentencias SC Rad. 2000-00276-01 del 16 de diciembre de 2006 y SC5885 de 2016, afirmando que ésta figura tiene fundamento en una relación material de garantía de tipo personal, por la cual el llamante puede pedir que se transfieran al citado las consecuencias pecuniarias desfavorables previstas para el convocante en el litigio y que resulten ordenadas en el fallo.

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 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 no recibió una asesoría personalizada al momento del traslado, solo que

al momento de efectuar los diferentes traslados horizontales, los asesores de las AFP le indicaron ciertas características del RAIS pero no de las desventajas o consecuencias que implicaría el traslado de régimen, 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, por parte del primer fondo donde se materializó el traslado, pues los traslados horizontales realizados no subsanan esa falta, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM.

Se precisa 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 y SKANDIA**.

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 del 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.

También se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó el llamamiento en garantía. En este caso, no se comparte el argumento de SKANDIA porque no se acredita siquiera de forma sumaria una relación material de garantía, pues si bien OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA S.A.** celebró contrato de seguro previsional con **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados de la AFP, del contenido de las pólizas aportadas se advierte que el único riesgo cubierto por la

aseguradora fue la suma adicional para financiar las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin incluir ningún amparo de las consecuencias pecuniarias derivadas de la declaración judicial de ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados entre AFP (pág. 78 a 79, archivo “12ContestaciónSkandiaLlamamiento20211122”).

Las pólizas aportadas no acreditan que la compañía aseguradora se obligara a cubrir el riesgo pecuniario de la devolución de gastos administrativos cobrados al afiliado durante su permanencia a la AFP ante la ineficacia del traslado al RAIS por omisión de las obligaciones de información y buen consejo, por tanto, dicho riesgo no lo trasladó el tomador al asegurador en los términos señalados en los artículos 1037, 1045, 1054, 1056 CCO, por lo cual no hay ningún mérito para acceder al llamamiento en garantía reclamado.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los efectos patrimoniales de la ineficacia del traslado pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo los debe asumir la AFP con cargo a sus propios recursos.

En efecto, la Alta Corte ha sostenido que los gastos de administración, pólizas de seguro previsional y comisiones deben ser retornados a **COLPENSIONES** por las AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, conforme las sentencias SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, 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.

Así las cosas, es la AFP y no la compañía de seguros quien debe asumir con cargo a sus propios recursos el perjuicio económico de retornar el afiliado al RPM, sin que dicho riesgo haya sido transferido contractualmente a la aseguradora.

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró 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 prescripción propuesta por **SKANDIA** y **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 por **COLPENSIONES**.

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa 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 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: LUIS FELIPE LECOMPTE MONTES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2021 00198 01

MAGISTRADA 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. 02-2021-00353-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 demanda de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 19 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con prestación Definida -RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ordenó a **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** el valor de todos los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado a la pensión de garantía mínima, sin lugar a descuento alguno, y a **COLPENSIONES** a aceptar dicha transferencia y a tener como válida la afiliación efectuada por la demandante al régimen de prima media, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y en costas a **PORVENIR** y

COLPENSIONES (*min. 01:01:15, archivo “12GrabacionAudienciaArt77-80Fallo”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

ESPERANZA BELTRÁN SÁNCHEZ, 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 nulidad de la afiliación realizada al RAIS a través de Horizonte hoy **PORVENIR S.A.**, y, en consecuencia, se ordene a **COLPENSIONES** a registrarla como su afiliada, sin solución de continuidad; asimismo, que se declare que es beneficiaria del régimen de transición acorde con lo prescrito en el art. 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el acto legislativo 01 de 2005, se cancelen intereses por la demora injustificada en autorizar el traslado de régimen, se condene al pago indexado de las sumas adeudadas, de todos los derechos probados en uso de las facultades *ultra y extra petita* y costas del proceso. De manera subsidiaria, solicitó declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos de dicho traslado.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 22 de mayo de 1963, iniciando cotizaciones al sistema pensional con destino al ISS el 22 de abril de 1981, por lo que para el 01 de abril de 1994 acreditaba más de 12 años de cotizaciones ininterrumpidas, teniendo una expectativa pensional. Continuó punteando, que el 01 de julio de 1994 la AFP Horizonte, hoy **PORVENIR** la persuadió para que se afiliara a esa AFP, haciéndole firmar el formulario de vinculación, sin haber puesto en su conocimiento la pérdida de beneficios y las ventajas del régimen de prima

media, que tampoco fue informada sobre la posibilidad de devolverse o de retractarse de su decisión; que esa AFP, no le realizó una proyección futura sobre su pensión, no le informó la tasa de remplazo, teniendo a su cargo la AFP una responsabilidad con ella de carácter profesional que le imponía el deber de asesorarla eficazmente con respecto a la decisión de traslado de régimen. Que para el 25 de julio de 2005, siendo beneficiaria del régimen de transición, acreditaba más de 750 semanas de cotización. Asimismo, informó que el 09 de diciembre de 1995 se trasladó a **PORVENIR**; posteriormente, el 27 de octubre de 1998, se trasladó a Colpatria; el 09 de septiembre de 1999, nuevamente se afilió a Horizonte, entidad que por motivos de fusión por absorción la trasladó sin su consentimiento a **PORVENIR** el 01 de enero de 2014. Indicó que labora para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desde el 30 de octubre de 1995, cotizando en pensiones a **PORVENIR**. Dijo que solicitó ante **COLPENSIONES** el traslado del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, petición rechazada mediante comunicación del 21 de septiembre de 2018, así como también reclamó ante **PORVENIR** la nulidad del traslado por existir por existir engaño, asalto a la buena fe, omisión al deber de información íntegra y técnica por parte del fondo privado de pensiones, solicitud denegada por la AFP. Para finalizar, señaló que actualmente se encuentra vinculada y cotizando para pensiones en **PORVENIR** (Pág. 8 a 12, archivo “001EscritoDemanda10082021”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Dijo ser ciertos los hechos contenidos en los numerales 5°,

25 y 34 del escrito de demanda, y no ser ciertos o no constarle los demás, aceptando que Horizonte S.A, hoy **PORVENIR S.A.**, pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad, que la demandante labora para la Superintendencia de Servicios Públicos desde diciembre del año 1995 y que ha cotizado con **PORVENIR**, AFP a la cual se encuentra afiliada actualmente. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Pág. 2 a 33, archivo “05ContestacionPorvenir01032022”).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, manifestó su oposición frente a todos y cada uno de los pedimentos de la actora. Admitió como ciertos los hechos numerados de la demanda 1°, 2°, 3°, 5°, 30, 31 y 35, aceptando la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación en el RPM, la cantidad de semanas cotizadas al 01 de abril de 1994; que Horizonte hoy **PORVENIR** pertenece al RAIS, la radicación de la reclamación administrativa, la respuesta negativa dada por su parte y mantenerse en la misma. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan y para cimentar su defensa invocó como excepciones las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Pág. 03 a 44, archivo “13ColpensionesContestaDemanda14062022”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 46:08, archivo “12GrabacionAudienciaArt77-80Fallo”)

El 19 de abril de 2023, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...PRIMERO DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por la señora **ESPERANZA BELTRAN SÁNCHEZ**, identificada con CC. **51.689.868**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **HORIZONTE SA HOY LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** el 1 de junio de 1994 y los posteriores traslados horizontales realizados a **PORVENIR SA** el 01 de diciembre de 1995 a **COLPATRIA hoy PORVENIR SA** el 23 de octubre de 1998 a **HORIZONTE SA hoy PORVENIR SA** el 1 de octubre de 1999 y el realizado a **PORVENIR SA** el 1 de enero de 2014, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO CONDENAR a PORVENIR SA como última administradora a la cual se encuentra afiliada la demandante a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales en caso de haberlos, con sus respectivos rendimientos, los gastos de administración, las sumas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado a la pensión de garantía mínima, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante en el Régimen de Prima Media el 22 de abril de 1981 al ISS hoy **COLPENSIONES**, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

CUARTO DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO CONDENAR en costas a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, dentro de las que se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma total a cargo de éstas de \$200.000.

SEXTO Si no fuere apelado el presente fallo, **CONSÚLTESE** con el Superior. ...”.

Para resolver, la Juez inició señalando que no existe discusión frente a la afiliación de la demandante en el RPM ni sobre la solicitud de traslado al RAIS presentada el 01 de julio de 1994 a la AFP Horizonte hoy **PORVENIR**. Luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial

sobre el particular, señaló que la carga de la prueba para demostrar el deber de información recae en los fondos de pensiones, y al revisar el plenario solo se allegó el formulario de afiliación a Horizonte, del cual no se puede dilucidar la información suministrada al momento de la suscripción del formulario, pues aun cuando con el documento se acredita el consentimiento, no está demostrada la información que se le suministró a la afiliada; igualmente, frente al interrogatorio de parte indicó la *a quo* que hubo contradicciones en los dichos de la demandante, no obstante que de las manifestaciones dadas no puede extraerse que hubiera recibido una información clara que diera plena certeza de su decisión, concluyendo que al haber faltado la AFP al deber de información, era viable declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia por indebida valoración probatoria, aduciendo que no solo existen los formularios de afiliación, sino también la información suministrada por la demandante en el interrogatorio de parte, la cual debe tomarse como indicio y como confesión respecto a que su verdadera motivación para trasladarse de régimen pensional es el monto de la mesada pensional, aunado a que deben valorarse los traslados horizontales, indicando que la accionante es administradora de empresas con conocimiento del sistema financiero; que se acreditó que la asesoría fue verbal y anterior a materializar el traslado, solicitud que se encuentra suscrita por la demandante lo que genera también para la accionante una carga sobre la decisión libre y voluntaria que adoptó. Por último,

insistió en la excepción propuesta de descapitalización del sistema. (*min. 01:03:39, archivo “12GrabacionAudienciaArt77-80Fallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Viviana Moreno Alvarado, identificada con C.C. No. 1.093.767.709 y T.P. No. 269.607 del CSJ, allegó poder general conferido mediante escritura pública por **COLPENSIONES** a la Firma **CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.**, identificada con el Nit. No. 900.822.176-1, así como la sustitución de poder otorgada por la Representante Legal de dicha sociedad, que la faculta para actuar como apoderada sustituta de la Entidad demandada, motivo por el cual se le reconoce y se le autoriza para actuar en tal calidad, quien en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso. De igual, el apoderado de **PORVENIR** pidió la revocatoria de la sentencia, para en su lugar absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. Finalmente, 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 de régimen de prima media de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a HORIZONTE hoy **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 frente a que: *i)* **ESPERANZA DE LAS MERCEDES BELTRÁN SÁNCHEZ** nació el 22 de mayo de 1963 (Pág. 100 archivo “01EscritoDemanda10082021”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS a partir del 22 de abril de 1981, cotizando 137,86 semanas (Pág. 362 archivo “08ColpensionesContestaDemada14062022”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación No. 049695 a HORIZONTE, efectivo a partir del el 01 de julio de 1994 (Pág. 81 a 83 archivo “05ContestacionPorvenir01032021”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR** mediante formulario de afiliación No. 00659477,

efectivo desde el 01 de diciembre de 1995 (Pág. 81 y 84 archivo “05ContestacionPorvenir01032021”), luego se trasladó a COLPATRIA mediante formulario de afiliación No. 080921, efectivo a partir del 23 de octubre de 1998 (Pág. 81 y 85 archivo “05ContestacionPorvenir01032021”), luego se trasladó a HORIZONTE mediante formulario de afiliación No. 0160849, efectivo desde el 01 de octubre de 1999 (Pág. 81 y 86 archivo “05ContestacionPorvenir01032021”), y por último, en razón a la cesión por fusión entre HORIZONTE y **PORVENIR**, la demandante permanece vinculada a esta última AFP desde el 01 de enero de 2014 (Pág. 81 archivo “05ContestacionPorvenir01032021”), en donde acumula 1.409 semanas a febrero de 2022 (Pág. 142 a 156 archivo “05ContestacionPorvenir01032021”).

- 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 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 de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, HORIZONTE hoy **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 la pasiva, porque se limitó a aportar los formularios de afiliación, sin que la mera firma de estos

documentos la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, ni con posterioridad.

Y, con relación a la valoración probatoria dada por el *a quo* al interrogatorio de parte de la **DEMANDANTE**, debe precisarse, si bien ésta manifestó que suscribió los formularios de afiliación libremente, lo cierto es que también señaló que recibió una información general al momento del traslado, que los asesores de HORIZONTE le indicaron que el Seguro Social se iba a acabar y que sus aportes se encontrarían respaldados por una Banca Colombiana; empero, sin asesorarla acerca del comparativo entre uno y otro régimen, ni suministrarle alguna información adicional, circunstancias insuficientes para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que tal traslado se realizara en el marco de una libertad informada, iterándose, sobre la AFP demandada se cernía esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM.

Las alegaciones de la demandada relativas a que la **DEMANDANTE** de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, tampoco se considerarán, habida cuenta que actos como trasladarse de

AFP 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 cargo 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.

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** 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.

Por último, la Sala 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, sin lugar a descuento alguno, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada 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: ESPERANZA BELTRÁN SANCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2021 00353 01

MAGISTRADA 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. 03-2021-00420-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 demanda de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 21 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del Régimen de Prima Media con prestación Definida -RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ordenó a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** el valor de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, y a **COLPENSIONES** a aceptar dicha transferencia, a activar la afiliación efectuada por el demandante al régimen de prima media y a actualizar la información de la historia laboral, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas (min. 01:02:40, archivo “13VideoSentenciaPrimeraInstancia20230321”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

JORGE ENRIQUE OCAMPO ARDILA, 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 que **PORVENIR** incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, y en consecuencia, se declare la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS, para así ordenar a **COLPENSIONES** activar su afiliación al RPM y a **PORVENIR** a trasladar la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, se emitan las condenas *ultra y extra petita* y por costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que inició cotizando al RPM, régimen en el cual cuenta con 687,43 semanas. Continuó manifestando, que el 23 de enero de 1997 se afilió a **PORVENIR**, indicando que esa AFP omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como también de las características de ambos regímenes pensionales. Que su IBC es de \$3.721.124, por lo que le correspondería una pensión en **COLPENSIONES** de la suma aproximada de \$2.420.789.

Asimismo, informó que el 07 de diciembre de 2020 solicitó ante **PORVENIR** la anulación del traslado, y ante **COLPENSIONES** radicó petición de activación de la afiliación al RPM el 17 de diciembre de 2020, peticiones rechazadas, agregando que **PORVENIR** realizó una proyección pensional en la cual se arroja una mesada pensional en el RAIS de \$1.865.300 (Pág. 3 a 6, archivo “01ActaRepartoDemanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, manifestó su oposición frente a todos y cada uno de los pedimentos del actor. Admitió como ciertos los hechos numerados de la demanda 1°, 2°, 3°, 18, 19 y 25, aceptando la afiliación del demandante en el RPM, la cantidad de semanas cotizadas en ese régimen, la afiliación al RAIS, la radicación de la reclamación administrativa y la respuesta negativa dada por su parte. Expresó que los demás hechos no le constan y para cimentar su defensa invocó como excepciones las de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe: Colpensiones, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Pág. 23 a 40, archivo *“06ContestaciónColpensiones20220705”*).

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones; dijo no ser ciertos o no constarle los hechos de la demanda y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Pág. 2 a 32, archivo *“07ContestacionPorvenir20220707”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 28:05, archivo *“13VideoSentenciaPrimeraInstancia20230321”*).

El 21 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado por JORGE ENRIQUE OCAMPO ARDILA del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 23 de enero de 1997, para entender vinculado al accionante, en forma válida en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, todo conforme con la parte motiva de esta providencia. **ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S. A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en caso de que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera, deberá devolver los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia del actor allí por concepto de gastos de administración, de primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propios recursos. **ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a que acepte y reciba dichos dineros el provenientes de PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación del demandante JORGE ENRIQUE OCAMPO ARDILA, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo le actualice su historia laboral en semanas cotizadas. **ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las Demandadas, conforme la parte considerativa. **ARTÍCULO QUINTO: CONDENAR EN COSTAS**, incluidas las agencias en derecho a las dos demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) PESOS MCTE a cargo de PORVENIR, y a cargo de COLPENSIONES, la suma de DOS MILLONES (\$2.000.000) DE PESOS. **ARTÍCULO SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS...”.

Para resolver, el Juez indicó que con la documental aportada se pudo evidenciar que el demandante se trasladó de régimen pensional el

23 de enero de 1997 y que en el interrogatorio de parte el demandante no confesó ningún hecho que favoreciera a la demandada. Luego, continuó efectuando un recuento normativo y jurisprudencial sobre el particular, señalando que la carga de la prueba para demostrar el deber de información recae en los fondos de pensiones y que la firma voluntaria del formulario de afiliación no expone el cumplimiento de dicha carga probatoria; asimismo que, los traslados horizontales no convalidan la afiliación al RAIS, concluyendo que **PORVENIR** no demostró haber suministrado tal información al afiliado, por lo que es viable declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, aduciendo que el afiliado se encuentra dentro de la prohibición consagrada en el art. 2 de la ley 797 de 2003 y que no proceden los requisitos para que proceda la ineficacia del traslado de régimen; asimismo, solicitó revocar la condena en costas (min. 1:05:23, archivo *"13VideoSentenciaPrimeraInstancia20230321"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el doctor Jaime Andrés Zuluaga Castaño, identificado con C.C. No. 1.053.806.084 y T.P. No. 287.279 del CSJ, allegó sustitución de poder otorgada por la Representante Legal la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., que lo faculta para actuar como apoderado sustituto de la Entidad demandada, motivo por el cual se le reconoce y se le autoriza para actuar en tal calidad, quien en su escrito de alegatos

solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso. De igual, el apoderado de **PORVENIR** pidió la revocatoria de la sentencia, para en su lugar absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

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 de régimen de prima media 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 frente a que: **i)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS a partir del 16 de mayo de 1977, cotizando 687,43 semanas (Pág. 36 a 40 archivo “01ActaRepartoDemanda”) y; **ii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación No. 843945 del 23 de enero de 1997 a **PORVENIR**, efectivo a partir del el 01 de marzo de 1997 (Pág. 75 a 79 archivo “07ContestacionPorvenir20220707”), AFP en donde acumula 1.369 semanas a octubre de 2020 (Pág. 41 a 45 archivo “01ActaRepartoDemanda”).

- 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 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 de 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 la pasiva, porque se limitó a aportar los formularios de afiliación, sin que la mera firma de estos documentos la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, ni con posterioridad.

Y, el demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que en el mes de julio de 1997 los asesores de **PORVENIR** hicieron una reunión grupal en la oficina de gerencia de la empresa en donde trabajaba, en la cual le informaron que sus dineros estarían en esa AFP, sin suministrarle alguna información adicional, pues no le explicaron sobre los requisitos

para pensionarse, ni tampoco acerca de la existencia de una cuenta de ahorro individual, ni de la existencia del bono pensional, o sobre la forma cómo se financiaría su pensión, tampoco fue enterado acerca de los rendimientos financieros que generaban sus aportes, tampoco que podría realizar aportes voluntarios, ni qué pasaría con sus aportes en caso de su muerte; igualmente, dijo el actor que la información que se consignó en el formulario de afiliación la suministro por solicitud del asesor, agregando que la motivación que tiene para retornar al RPM lo constituye el monto de la mesada pensional que recibiría en **COLPENSIONES**; circunstancias que resultan insuficientes para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida, ni de ninguna otra prueba documental aportada, se demuestra que dicho traslado se realizó en el marco de una libertad informada; iterándose, sobre la **AFP DEMANDADA** se cernía esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM.

Las alegaciones de las demandadas relativas a que el demandante de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, tampoco se considerarán, habida cuenta que actos como trasladarse de AFP 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 cargo 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.

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 del 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.

Por último, la Sala 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.

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.

Respecto a la excepción de prescripción propuesta, 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**, 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. 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 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.

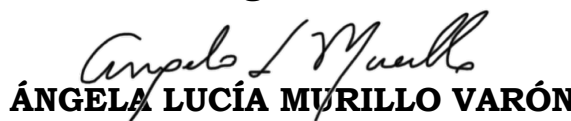
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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: JORGE ENRIQUE OCAMPO ARDILA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2021 00420 01

MAGISTRADA 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.03-2022-00205-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 grado jurisdiccional a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 11 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS a través de **COLFONDOS**, así como los posteriores traslados horizontales, se condenó a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones obligatorias, voluntarias, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, así mismo a **PROTECCION** y **COLFONDOS** transferir a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima que se descontaron del tiempo que estuvo vinculado, se ordenó a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación y corregir la historia laboral, y condenó en costas a las demandadas (*min. 1:49:25, archivo “15VideoSentenciaPrimera Instancia20230411”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

CARLOS ALFONSO OTAVO HURTADO llamó a juicio a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación del accionante con **COLFONDOS** y en consecuencia, se ordene a **PORVENIR** el traslado de los aportes junto con sus rendimientos a **COLPENSIONES**, siendo esta última quien reactive su afiliación en el RPM y reconozca su pensión de vejez, se condene a las demandadas a costas y agencias en derecho y condenas extra y ultra petita.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 12 de abril de 1956, se afilió al ISS hoy **COLPENSIONES** el 28 de julio de 1980; luego, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a partir del 27 de octubre de 1995 a través de **COLFONDOS**, AFP que no suministro información suficiente, veraz y completa, incurriendo en omisión del deber de información que sobre ella recae, que acredita más de 1.970 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social Integral de Pensiones, que realizó posteriores traslados horizontales en el RAIS; a **PORVENIR** el 18 de marzo de 1998; a SANTANDER hoy **PROTECCION** el 24 de agosto de 2001 y finalmente se devolvió a la AFP **PORVENIR** el día 15 de mayo de 2003, AFP donde se encuentra actualmente.

Manifestó que el 23 de junio de 2021, presento reclamación administrativa ante COLPENSIONES y presentó solicitudes a las AFP para que le entregaran cálculo de la pensión de vejez y pidiendo la ineficacia o nulidad del traslado por vicios del consentimiento, peticiones que fueron respondidas en su momento. (*pág. 08 a 32, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad del demandante, la afiliación al ISS hoy

COLPENSIONES, el traslado al RAIS a través de **COLFONDOS** y la radicación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás no le constaban y formuló las excepciones de *validez de la afiliación al RAIS*; saneamiento de una presunta nulidad; solicitud de traslado de dineros de gastos de administración; prescripción; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; buena fe; imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones (pág. 02 a 21, archivo “04ContestacionDemandaColpensiones20221025”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad del demandante, que acredita más de 1.970 semanas cotizadas, el traslado horizontal a **PORVENIR** y que actualmente se encuentra el demandante en ese fondo, la presentación de la petición y su respuesta. Expresó que los demás hechos 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 34, archivo “06ContestacionDemandaPorvenir20221031”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad del demandante, el traslado horizontal a **PROTECCION**, y la comunicación que envió la AFP al accionante el día 29 de junio de 2021. Expresó que los demás 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; la innominada o genérica; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; 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 y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones (pág. 3 a 21, archivo “07ContestacionDemandaProteccion20221101”).

Y, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad del demandante, el traslado al RAIS a través de **COLFONDOS** y 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*; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; la innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS, 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 y compensación y pago (pág. 5 a 27, archivo “08ContestacionDemandaColfondos20221101”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 1:49:25, archivo “15VideoSentenciaPrimeraInstancia”)

El 11 de abril de 2023, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“... **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por CARLOS ALFONSO OTAVO HURTADO el 27 de octubre de 1995 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como los posteriores traslados horizontales realizados de COLFONDOS a PORVENIR S. A. el 18 de marzo de 1998, de PORVENIR S. A. a ING. hoy PROTECCIÓN S. A. el 24 de agosto de 2001, y posteriormente, de ING. a PORVENIR S. A. el 15 de mayo de 2003, para entender vinculado al demandante, en forma válida en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S. A., a trasladar a la administradora colombiana de pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los descuentos que hubiere realizado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, conforme a la parte considerativa. **TERCERO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S. A. y COLFONDOS S. A. a trasladar a la administradora colombiana de pensiones - COLPENSIONES todos los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia del demandante en cada una de estas administradoras de fondos de pensiones por concepto de Gastos de Administración, Primas de seguros Previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, todo conforme a la parte motiva. **CUARTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones a que acepte el traslado y recibir los dineros provenientes PORVENIR S. A., PROTECCIÓN S. A., y COLFONDOS S. A., para que

*proceda a activar la afiliación del accionante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo le actualice su historia laboral en semanas cotizadas. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a la parte motiva de esta providencia. **SEXTO: CONDENAR** en costas junto con las agencias en derecho, de conformidad con el artículo 365 del CGP, de la siguiente manera: a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, la suma de UN MILLÓN SEISCIENTOS MIL (\$1.600.000) PESOS; a cargo de PORVENIR S.A la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL (\$1.300.000) PESOS; a cargo de PROTECCION S.A, la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL (\$1.300.000) PESOS; y a cargo de COLFONDOS S.A., la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL (\$1.300.000) PESOS. **SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de la Demandada COLPENSIONES, consúltese con el Superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS...”*

Para resolver el Juez indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso no se acredita que las AFP hubieran satisfecho al accionante en su deber de información y que, del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del demandante solicitó la confirmación del fallo de primera instancia.

A su vez, la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Jaime Andrés Zuluaga Castaño, identificada con CC No. 1.053.806.084 y T.P. No. 287.279 del C. S. J., a quien se le reconoce esa calidad. Por su parte, la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., actuando como apoderada especial de **PORVENIR**, sustituyó poder a la doctora Neidy Johana Dallos Pico, identificada con CC No. 1.019.135.990 y T.P. No. 373.640 del C. S. J., a quien se le reconoce esa calidad. Entidades que en su escrito de alegatos solicitaron la revocatoria de la sentencia señalando, entre otros aspectos, la prohibición legal de edad para efectuar el traslado a **COLPENSIONES**, que el traslado fue libre y voluntario, y que el acto jurídico produjo los efectos que las partes pretendían.

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. 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 el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) CARLOS ALFONSO OTAVO HURTADO** que nació el 12 de abril de 1956 (*pág. 36, archivo “01Demanda”*); **ii)** se afilió al ISS hoy **COLPENSIONES** el 28 de julio de 1980; luego, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a partir del 27 de octubre de 1995 a través de **COLFONDOS** (*pág. 140 a 148, archivo “01Demanda”*); **iii)** que acredita más de 1.970 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social Integral de Pensiones (*pág. 35 a 46, archivo “06ContestacionDemandaPorvenir20221031”*); **iv)** que realizó posteriores traslados horizontales en el RAIS; a **PORVENIR** el 18 de marzo de 1998; a SANTANDER hoy **PROTECCION** el 24 de agosto de 2001 y finalmente se devolvió a la AFP **PORVENIR** el día 15 de mayo de 2003, AFP donde se encuentra actualmente (*pág. 47 a 40 y 77 a 78, archivo “06ContestacionDemandaPorvenir20221031”, pág. 22, archivo “07ContestacionDemandaProteccion20221101”*); **v)** presentó reclamación

administrativa ante **COLPENSIONES** y presentó solicitudes a las AFP, peticiones que fueron respondidas en su momento (*pág. 149 a 237, archivo “01Demanda”*).

- 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 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 SL2279-2021).

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 y la sola firma del formulario de afiliación, no la 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 no recibió una asesoría personalizada al momento del traslado, que solo le indicaron que iba a acabar el ISS, que iba a quedar mejor pensionado en el RAIS y que le podían devolver el dinero cuando lo requiriera, pero no se le 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.

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** 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 dispuso la devolución indexada de los conceptos referidos en precedencia, se adicionará el alcance de la condena.

Igualmente, 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.

De otro 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 numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, 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. 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 tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** a trasladar 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. Al momento en que las **DEMANDADAS** 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 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, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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 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: CARLOS ALFONSO OTAVO HURTADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2022 00205 01

MAGISTRADA 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 MUEILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 04-2021-00574-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 presentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 19 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar a la demandante la sustitución pensional por el fallecimiento del señor JORGE ENRIQUE BELTRÁN GONZÁLEZ desde el 26 de febrero de 2021, en la misma cuantía y número de mesadas pensionales que venía percibiendo el causante y costas procesales (*min. 59:30, archivo "017GrabacionAudiencia20221019"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

LUCILA ROMERO CUERVO solicitó condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge supérstite del causante JORGE ENRIQUE BELTRÁN GONZÁLEZ (q.e.p.d.), a partir de la fecha del deceso, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que celebró matrimonio civil con JORGE ENRIQUE BELTRÁN GONZÁLEZ el 18 de junio de 2009, vínculo que se mantuvo vigente al momento del fallecimiento; señalando que su convivencia como pareja data del año 1980 aproximadamente. Dijo que procrearon tres hijos que cuentan con la mayoría de edad, de nombres

JOSÉ RICARDO, DIANA MARCELA y CRISTIAN CAMILO BELTRÁN ROMERO. Señaló que mediante Resolución GNR 175422 del 09 de junio de 2012 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez al causante con base en Un (1) SMLMV, quien falleció el 26 de febrero de 2021, fecha para la cual la demandante contaba con 57 años de edad. Afirmó que reclamó la pensión de sobreviviente y por Resolución SUB 100696 del 29 de abril de 2021 se negó la misma, decisión confirmada en Resolución DPE 8662, por considerar la Entidad que conforme al informe técnico del equipo investigador de la firma COSINTE LTDA no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por la demandante, sin que hubiera evidencia fehaciente que confirmara la convivencia con el causante en sus últimos 05 años de vida. (*archivo "03EscritoSubsanacion"*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Aceptó el hecho contenido en el numeral 6, relacionado a la negación del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante. Indicó que no se acreditaron los requisitos previstos en el art. 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la ley 797 de 2003, en especial el requisito de convivencia con el causante. Interpuso las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica. (*archivo "09ContestacionDemandaColpensiones"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 59:30, archivo "17GrabacionAudiencia20221019"*)

El 19 de octubre de 2022, el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a reconocer y a pagar a la señora LUCIA ROMERO CUERVO la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Jorge Enrique Beltrán González desde el 26 de febrero de 2021, en la misma cuantía y número de mesadas que venía percibiendo el causante. SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a pagar el retroactivo pensional a partir del 26 de febrero de 2021 hasta la fecha en la que se efectuó el correspondiente pago. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1/4 de SMLMV. QUINTO: Conceder el grado

jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en consecuencia, remítase a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en el 100% por el fallecimiento del señor JORGE ENRIQUE BELTRÁN GONZÁLEZ desde el 26 de febrero de 2021, junto con el respectivo retroactivo, así como los intereses moratorios.

Como fundamento de su decisión comenzó señalando que no estaba en discusión la calidad de pensionado del causante desde el 01 de enero de 2014 y que, de acuerdo a la fecha de fallecimiento, 26 de febrero de 2021, la norma aplicable es el art. 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, refiriéndose al alcance jurisprudencial dado a dicha norma con relación al requisito de convivencia para el cónyuge con sociedad conyugal vigente al momento del fallecimiento. Luego se refirió a la prueba documental recaudada, considerando que de ella no se podía establecer la convivencia de por lo menos 05 años de convivencia en cualquier tiempo, por lo que se debía acudir a las demás pruebas recaudadas, acudiendo a las declaraciones rendidas por la demandante y por las testigos traídas al proceso, dando plena credibilidad a las mismas por ser coincidentes y convergentes en que la pareja conformada entre el causante y la demandante convivieron por lo menos durante los últimos cinco años de vida del causante, amen que de la prueba documental se comprueba el matrimonio contraído por la pareja en el año 2009, concluyendo que se acreditó la convivencia exigida por más de 12 años, asistiéndole el derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la sustitución pensional de la pensión en la misma cuantía y cantidad de mesadas reconocidas al causante. Corrigió la fijación del litigio, por cuanto corroboró que la actora no solicitó el pago de intereses de mora, por lo que no emitió pronunciamiento sobre este punto. Por último, indicó que no se configuró la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su integridad, y en su lugar absolver a su representada de todas las pretensiones de la demanda, señalando que el *a quo* no tuvo en cuenta las argumentaciones de la contestación y los alegatos presentados y señalando

que sustentaría el recurso de alzada en su debida oportunidad (*min. 1:13:50, archivo "17GrabacionAudiencia20221019"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Luisa Fernanda Martínez López, identificada con CC 1.053.795.580 y TP 231.411 del CSJ, a quien se le reconoce y se le autoriza para actuar en tal calidad, y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, aduciendo que en el presente caso no se logra determinar que la demandante acredite los requisitos previstos en el art. 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la ley 797 de 2003, en especial el requisito de la convivencia con el causante, como quiera que obra prueba en el expediente de la investigación administrativa, a través del cual se estableció que no hubo evidencia fehaciente que confirmara una convivencia permanente con el causante en sus últimos 05 años de vida; agregando que, **COLPENSIONES** actuó conforme a lo reglado en la norma. Agotado el término, el apoderado de la demandante 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

En este punto conviene aclarar que el recurso de apelación impetrado por el apoderado de **COLPENSIONES** carece de sustentación, por lo que esta Sala debe abstenerse de su estudio. Lo anterior, habida consideración que, conforme el artículo 57 de la Ley 2 de 1984, quien interponga recurso de apelación en proceso civil deberá sustentarlo en el término legal, so pena de que el mismo se declare desierto. Asimismo, el artículo 66A CPTSS establece que la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, lo que implica que el apelante debe manifestar expresamente

los argumentos que sustentan su inconformidad, tal y como indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL Rad. 26.936 del 29 de junio de 2006, providencia en la cual indicó que el recurso de apelación exige ser sustentado a fin de fijar los puntos que distancia al recurrente de la decisión adoptada por el Juez y la indicación de los fundamentos en que basa su inconformidad, indicando la H. CSJ que la sustentación no es una mera formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, posición que fue recientemente reafirmada en las sentencias SL3486 de 2020 y SL3786 de 2020, en donde se señaló que la parte que apela está obligada a sustentar de manera puntual, clara y suficiente, los motivos de inconformidad y los fundamentos de hecho y derecho de la misma.

Así las cosas, y como quiera que el recurso de apelación presentado carece de las razones en que se fundamenta la solicitud de revocatoria de la providencia, en tanto no fueron individualizados los motivos concretos de inconformidad, no existen puntos de reproche concretos que deba entrar a analizar la Sala, pues no basta con solicitar al juzgado del conocimiento que se conceda la apelación contra el fallo proferido y que se sustentaría en su momento ante esta Corporación.

No obstante, verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar y en vista de que se reúnen los requisitos consagrados en el artículo 69 CPTSS, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite y demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes hechos jurídicos: **i) LUCILA ROMERO CUERVO** y JORGE ENRIQUE BELTRÁN GONZÁLEZ contrajeron matrimonio el día 19 de junio de 2009 (Pág. 11 a 12, archivo “01DemandayAnexos”); **ii) JORGE ENRIQUE**

BELTRÁN GONZÁLEZ falleció el día 26 de febrero de 2021 (Pág. 13 a 14, archivo “01DemandayAnexos”); **iii)** el causante era pensionado de COLPENSIONES según Resolución No. GNR 9776 del 14 de enero de 2014, en cuantía inicial de \$589.500 a partir del 01 de enero de 2014; **iv)** la pareja procreó tres hijos de nombres RICARDO, DIANA MARCELA y CRISTIAN CAMILO BELTRÁN ROMERO (Pág. 15 a 17, archivo “01DemandayAnexos”); **v)** mediante Resolución SUB 100696 del 29 de abril de 2021 la demandada **COLPENSIONES** negó a la demandante la sustitución de la pensión de vejez del causante, acto administrativo que fue confirmado a través de las Resoluciones SUB 182280 del 04 de agosto de 2021 y DPE 8662 del 05 de octubre de 2021 (Pág. 18 a 37, archivo “01DemandayAnexos”); y **vi)** la demandante nació el 01 de febrero de 1964 (archivo “GEN-DDI-AF-2018_2662265-20180306104413” carpeta “10ExpedientePensionaleHistoriaLaboral”).

- De la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge supérstite.

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, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 26 de febrero de 2021, 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.

En cuanto el alcance del periodo mínimo de convivencia, para el caso del cónyuge supérstite, la H. CSJ señala que el alcance efectivo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 no es otro que la posibilidad para que este acredite tal periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, tal y como indicó en las sentencias SL2821-2021, SL4318-2021, SL2257-2022, SL2767-2022, SL4093-2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la demandante **LUCILA ROMERO CUERVO** nació el 01 de febrero de 1964 (archivo “*GEN-DDI-AF-2018_2662265-20180306104413*” carpeta “*10ExpedientePensionaleHistoriaLaboral*”) y, celebró matrimonio con el causante el 19 de junio de 2009 (Pág. 11 a 12, archivo “*01DemandayAnexos*”), no existiendo anotación alguna de disolución o liquidación de la sociedad conyugal, de lo cual puede inferirse razonablemente que tal vínculo permaneció vigente hasta el fallecimiento del señor JORGE ENRIQUE BELTRÁN GONZÁLEZ (q.e.p.d.).

La demandada **COLPENSIONES** alegó que la demandante no acreditó su convivencia con el causante dentro de los 05 años anteriores a su fallecimiento y no le reconoció la pensión de sobrevivientes, tal y como se aprecia en las Resoluciones SUB 100696 del 29 de abril de 2021, SUB 182280 del 04 de agosto de 2021 y DPE 8662 del 05 de octubre de 2021 (Pág. 18 a 37, archivo “*01DemandayAnexos*”).

La posición de **COLPENSIONES** se basa en los resultados del informe técnico de investigación No. COLCO-303391, realizado por COSINTE LTDA., el cual concluyó que, del cotejo de la documentación, trabajo de campo y entrevistas, no se acreditó el contenido y veracidad de la solicitud presentada por la demandante, pues no se logró establecer la convivencia con el señor JORGE ENRIQUE BELTRÁN desde el año 1980 y tampoco hubo evidencia fehaciente que confirmara una convivencia permanente en los últimos 05 años de vida del causante, haciendo énfasis en que durante las labores de campo dos vecinos aludieron conocer a las partes, refiriendo que tuvieron un tiempo de separación sin aclarar motivos, solo confirmando la unión una vecina y los demás no conocieron a la pareja; agregando que, la solicitante no aportó número de contacto de familiares del causante y que el registro fotográfico no

es suficiente para determinar una unión permanente (Pág. 38 a 42, archivo “01DemandayAnexos”).

Los precitados resultados fueron desvirtuados con los elementos probatorios practicados en el proceso, pues en el *sub lite* se demostró a través de los testimonios de las señoras MARÍA CECILIA BELTRÁN DE PEÑA, JEIMMY JULIETH MALDONADO y ROSALÍA TRIANA DE ORTIZ, que la convivencia entre el causante y la demandante nunca cesó.

Esto es así, en tanto las deponentes fueron contestes y coherentes en indicar que la pareja tuvo su último lugar de residencia en el Municipio de Facatativá, en específico en la Urbanización Villas de Majui, que procrearon tres hijos, de nombres RICARDO, DIANA MARCELA y CRISTIAN CAMILO, quienes tienen más de 30 años de edad y que fue la accionante quien se encargó del cuidado y acompañamiento del causante en su enfermedad, a quien lo aquejaba una patología de índole pulmonar, la cual finalmente le condujo a la muerte. Asimismo, coincidieron en negar alguna separación entre la pareja.

En efecto, la señora MARÍA CECILIA BELTRÁN DE PEÑA, hermana del causante, se refirió a la demandante como la esposa de toda la vida de su hermano, indicando que la pareja mantuvo su convivencia por más de 30 años, que sabe que se casaron, pero no recuerda la fecha del matrimonio; negó la ocurrencia alguna separación entre la pareja. Indicó que los señores JORGE BELTRÁN y **LUCILA ROMERO** vivieron en Villas de Majui por más de 15 años, lo que le consta porque visitaba con frecuencia a la familia dado que vive en una Vereda ubicada a 20 minutos de distancia de Facatativá.

A su vez, JEIMMY JULIETH MALDONADO, quien afirmó haber sido vecina de la pareja durante los años 2006 o 2008 a 2016, pues convivía con sus padres quienes son dueños de una casa en la Urbanización Villas de Majui, tiempo durante el cual siempre observó a la pareja conviviendo en su domicilio y permaneciendo unidos. De igual, dijo que en la casa de sus padres continuó viviendo su abuela, señora ROSALÍA TRIANA, a quien procura visitar cada 15 o 20 días, y en específico, al ser interrogada acerca de los últimos 05 años de vida del causante, indicó la testigo que en ese periodo visitó a su abuela con la misma regularidad y también frecuentaba

al señor JORGE ENRIQUE BELTRÁN a raíz de su enfermedad, oportunidades en las cuales observaba que la demandante mantenía muy atenta de su esposo.

Por último, la señora ROSALÍA TRIANA DE ORTIZ, quien dijo habitar en la Urbanización Villas de Majui desde hace 13 o 14 años aproximadamente y haber conocido al causante en razón a que su casa queda en frente a la casa de JORGE BELTRÁN y **LUCILA ROMERO**, señalando que sabe que estaban casados, pero no asistió al matrimonio ni recuerda la fecha en que ello ocurrió. Confirmó que su nieta, JEIMMY JULIETH, la visita frecuentemente ya que vive en el municipio de Mosquera. Informó que desde que llegó al barrio conoció a la pareja, que siempre los vio viviendo juntos en el mismo lugar, circunstancia que le consta porque visitaba la casa de la pareja a diario desde que el causante enfermó.

Se resalta, las declarantes coincidieron en señalar que conocieron de vista, trato y comunicación al causante, señor JORGE ENRIQUE BELTRÁN manteniendo una convivencia continua, permanente e ininterrumpida con la accionante hasta el día de su muerte, reconociendo a la pareja de esposos como un matrimonio estable y como único núcleo familiar del pensionado fallecido el conformado por la señora LUCILA ROMERO, junto a sus tres hijos RICARDO, DIANA MARCELA y CRISTIAN CAMILO; además, concordaron en indicar que nunca hubo separación entre aquellos, lo que les consta a las señoras JEIMMY JULIETH MALDONADO y ROSALÍA TRINA porque fueron o son vecinas, y en especial la señora MARÍA CECILIA BELTRÁN porque era la hermana del causante, indicando la totalidad de las testigos que en las visitas que realizaban al hogar de los cónyuges siempre se les veía juntos.

Así las cosas, para la Sala hay prueba suficiente sobre la convivencia ininterrumpida entre el causante y la demandante, indiscutiblemente acreditando la señora **LUCILA ROMERO CUERVO** el requisito de convivencia establecido en el art. 13 de la ley 797 de 2003, como quiera que demostró que hizo vida en común con el causante por un tiempo superior a los 05 años y que dicha unión se mantuvo vigente hasta la fecha de fallecimiento, lo que en definitiva, le otorga el derecho al reconocimiento de la pensión rogada. Razones suficientes para derribar el enfoque adoptado por

COLPENSIONES en los diferentes actos administrativos que negaron el derecho reclamado, pues de forma caprichosa se abstuvo de reconocer la regla jurisprudencial de la H. CSJ de que la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente puede acreditar los 05 años de convivencia exigidos por la Ley 797 de 2003 en cualquier tiempo.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, en la misma cuantía de Un (1) SMLMV y en el mismo número de mesadas pensionales que venía percibiendo el causante, a partir del día 26 de febrero de 2021, fecha de fallecimiento.

Sin embargo, se adicionará el fallo en lo que hace al pago de la indexación del retroactivo adeudado por mesadas pensionales, por cuanto a juicio de la Sala, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación. La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 26 de febrero de 2021, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada.

Así mismo, se adicionará el fallo en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud de la beneficiaria, 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 SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1190 de 2022, entre otras.

- **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, 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.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 26 de febrero de 2021, fecha en que falleció el causante, acudiendo la demandante a reclamar la prestación pensional el 15 de marzo de 2021 (Pág. 18, archivo “01DemandayAnexos”), obteniendo respuesta negativa mediante Resolución SUB 100696 del 29 de abril de 2021, frente a la cual presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, resuelto a través de Resoluciones SUB 182280 del 04 de agosto de 2021 y DPE 8662 del 05 de octubre de 2021 (Pág. 18 a 37, archivo “01DemandayAnexos”) y accionando ante la Jurisdicción el 03 de diciembre de 2021, tal como se constata con el acta individual de reparto (Pág. 44, archivo “01DemandayAnexos”), esto es, no transcurrió el termino trienal, legalmente establecido para la configuración del fenómeno prescriptivo, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo. Tampoco tienen vocación de prosperidad los demás medios de defensa invocados por **COLPENSIONES**, dado el resultado del estudio de la controversia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar debidamente indexado, al momento de su pago, el retroactivo pensional adeudado por mesadas pensionales, de acuerdo con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de **AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes por salud a cargo de la beneficiaria, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

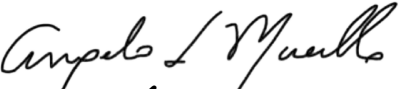
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás, por lo expuesto.

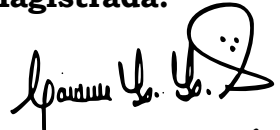
CUARTO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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.06-2018-00302-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 10 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar la suma de \$6.726.970 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, debidamente indexada, y costas procesales (*min. 08:57, archivo "04.Audienciafallo"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

MARIA NOHEMÍ MORERA LESMES llamó a juicio a la **AADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se condene a la accionada a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.), junto con indexación y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que fue compañera permanente de PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) desde mayo de 1984, compartiendo techo, lecho y mesa, techo y lecho hasta el día de su fallecimiento; que de dicha unión nacieron cuatro hijos, Cesar Albeiro, Camilo Armando, Danilo Andrés y Martha Patricia Morera MORERA; que PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) al momento del fallecimiento estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, pero no cumplió los requisitos para la pensión de sobrevivientes; que por ello solicitó a la demandada el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, entidad que mediante Resolución SUB21412 de 25 de enero de 2018 le negó la prestación (*fls. 4 a 6, expediente físico*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la afiliación de PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) y la negativa al reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación*, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*fls. 24 a 37, expediente físico*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 08:57, archivo "04.Audienciafallo"*)

El 10 de diciembre de 2021, el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante señora MARIA NOHEMI MORERA LESMES la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de

\$6.726.970, junto con la indexación de la suma anterior desde la exigibilidad de la obligación, septiembre 03 de 2017 hasta que se produzca el pago de la obligación. La excepción de prescripción se declara no probada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. Costas a cargo de la parte demandada vencida en el proceso. Se fija la suma de \$1.800.000 por concepto de agencias en derecho (...)

Como sustento de su decisión la Juez indicó que **MARIA NOHEMÍ MORERA LESMES** acreditó la calidad de compañera permanente del causante, en los términos de la Ley 797 de 2003. Expresó que si bien se estableció que la pareja no convivía bajo el mismo techo al momento del fallecimiento, con las declaraciones de **DANILO ANDRES MORERA MORERA** y **MARTHA PATRICIA MORERA MORERA**, hijos de la pareja, en concordancia con el testimonio de **MARIA DIONALVA MORERA LESMES**, se acreditó que al menos en los últimos 5 años anteriores a la muerte del causante, por razones de su desempeño como labores de campo y cuidador de finca residió temporalmente, en Mesitas del Colegio, pero que no desapareció la comunidad de vida y vocación de permanencia del causante, pues **MARIA NOHEMÍ MORERA LESMES** permaneció en la ciudad de Bogotá laborando por días en servicio doméstico, al cuidado de los 4 hijos comunes de la pareja, y la actora y los hijos se trasladaban de forma periódica cada 8 o 15 días al sitio de residencia y de trabajo del causante ubicado en provincia y en igual forma el causante se desplazaba a la ciudad de Bogotá, con la finalidad de compartir con la familia. Que conforme con la sentencia CSJ SL1399-2018 la no cohabitación de la pareja por motivos económicos y de trabajo no suponen una ruptura de la convivencia.

Por tal motivo, reconoció la calidad de compañera permanente de la demandante y ordenó a COLPENSIONES a pagar la indemnización sustitutiva reclamada en la suma de \$6.726.970, junto con la indexación desde el 03 de septiembre de 2017 hasta que se produzca el pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su integridad. Adujo que se realizó investigación administrativa donde se evidenció que la demandante no acreditó la veracidad de su solicitud por cuanto no fue posible confirmar la convivencia del causante y la accionante del año 1984 hasta el 03 de septiembre de 2017, fecha del fallecimiento, por lo que considera que la resolución que negó la prestación se emitió conforme a derecho (*min. 10:37, archivo "04.Audienciafallo"*).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES reiteró los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, en su calidad de administradora 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.

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 CPTSS, procede a estudiar los aspectos

planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de Colpensiones.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES** acredita la calidad de beneficiaria de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.).

VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) falleció el 03 de septiembre de 2017, y estaba afiliado al Sistema General de Pensiones, a través de COLPENSIONES, donde cotizó un total de 418.86 semanas, teniendo como último ciclo reportado diciembre de 2010 (*fls. 12 y 71, expediente físico*); **ii)** y **MARIA NOHEMÍ MORERA LESMES** el 11 de diciembre de 2017 solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, entidad que mediante Resolución SUB21412 de 25 de enero de 2018 negó la prestación (*fls. 7 a 11, expediente físico*).

- De la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

El artículo 49 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes. Dice la norma, que esta indemnización será equivalente a la que le hubiera correspondido al afiliado en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por tal motivo, para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio es necesario determinar de forma preliminar el fundamento jurídico que soporta la pensión de sobrevivientes y los beneficiarios de dicha prestación.

La norma que aplica a la pensión de sobrevivientes 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 PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) falleció el 03 de septiembre de 2017, las normas que regulan el derecho pensional son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificadas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que establecen 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 o, en su defecto, la indemnización sustitutiva en caso de que no haya dejado causado dicho derecho.

CASO CONCRETO

Revisadas las pruebas aportadas al expediente y recaudadas en el juicio, no se encuentra en discusión que PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) falleció el 03 de septiembre de 2017 (fl. 12,

expediente físico) en vigencia de los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, y no dejó causado el derecho a la sustitución pensional en favor de sus beneficiarios, al no cumplir el requisito mínimo de 50 semanas cotizadas entre el 04 de septiembre de 2014 al 03 de septiembre de 2017, dado que su último periodo cotizado corresponde al mes de diciembre de 2010 (*fl. 71 a 73, expediente físico*). Al no dejar causada la prestación por sobrevivencia, procede el reconocimiento de la indemnización sustitutiva establecida en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando los miembros del grupo familiar del afiliado acrediten tener dicha calidad.

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar si **MARIA NOHEMÍ MORERA LESMES** demostró la calidad de beneficiaria de la referida prestación.

Con ese fin se recaudaron los testimonios de MARIA DIONALVA MORERA LESMES, hermana de MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES, y DANILO ANDRES MORERA MORERA y MARTHA PATRICIA MORERA MORERA, en calidad de hijos de la demandante y de PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.).

MARIA DIONALVA MORERA LESMES señaló que su hermana y PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) vivieron en unión libre alrededor de 40 años; que a la fecha del fallecimiento, PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) estaba acompañando una hermana que estaba enferma, en Ubala, Cundinamarca; que PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) vivía con la demandante pero que iba al campo por temporadas, pero que viajaba mucho a Bogotá a estar con MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES; que los últimos años PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) los vivió en Mesitas del Colegio y luego en Ubala, donde falleció; y que MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES viajaba mucho a Mesitas a visitar a PEDRO JOAQUIN y también el causante viajaba a Bogotá (*min. 5:14, archivo "02.Audiencia12febrero2020"*).

DANILO ANDRES MORERA MORERA expresó que su padre vivía en el campo y ellos en la ciudad, por el estudio y la salud de **MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES**, pero nunca hubo rompimiento de la relación, y sus padres siempre convivieron como pareja; que cuando PEDRO JOAQUIN falleció vivía con una tía en Ubala, y llevaba dos meses viviendo allá; que el causante duró viviendo en Mesitas del Colegio 10 años, vivía solo, pero allá viajaban tanto los hijos como la esposa cada 8 o 15 días, los fines de semana; y que cuando su padre venía a Bogotá, se quedaba entre 8 y 15 días, y luego se regresaba al campo.

Y MARTHA PATRICIA MORERA MORERA indicó que su padre, al momento del fallecimiento, tenía como residencia Mesitas del Colegio, donde llevaba viviendo 5 años, cuidando una finca, que le gustaba el campo porque como no sabía leer y escribir, no se podía transportar porque no conocía las rutas; que entre sus padres se visitaban, los fines de semana; que PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) antes vivió en Gualandu, La vega y que los gastos fúnebres fueron asumidos por los hijos y la actora.

Con lo anteriores medios probatorios, para la Sala es claro que **MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES** tuvo una relación sentimental con PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.), en la cual procrearon 4 hijos; sin embargo, de las citadas declaraciones no es posible establecer que hubo convivencia real, permanente y continua, entre la demandante y el afiliado fallecido durante los últimos 5 años al fallecimiento de éste.

En efecto, de los testimonios se deduce que antes del fallecimiento PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) llevaba dos meses viviendo con su hermana en Ubala Cundinamarca, sin que durante ese periodo se haya probado los encuentros temporales que realizaba la actora al causante o las razones por la cuales se interrumpieron las visitas mutuas. Además, las afirmaciones de los

testigos, junto con el análisis de la prueba documental aportada, devienen contradictorias en varios aspectos.

Por un lado, MARIA DIONALVA MORERA LESMES no puede dar fe de los viajes y las visitas de su hermana al causante, pues fue la propia accionante quien constantemente se los informaba, y además señaló que la residencia en Ubala se dio porque PEDRO JOAQUIN estuvo acompañando a una hermana que estaba enferma, situación que se desvirtúa con lo narrado por la misma demandante MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES en la investigación que adelantó COLPENSIONES, a través de CONSITE RM (*archivo “GEN-COM-CO-2018_25603-20180102044750”, subcarpeta “03.Expedienteadministrativo”*), donde expresó que *“se encontraba desde hace dos meses cuidando la finca de la hermana mientras ella hacía algunos trámites”*.

También se presentó contradicción entre los propios hermanos DANILO ANDRES MORERA MORERA y MARTHA PATRICIA MORERA MORERA, pues mientras el primero relató que su padre llevaba 10 años viviendo en Mesitas del Colegio, MARTHA PATRICIA señaló que eran 5 años. Y pese a que fueron enfáticos en señalar que los gastos funerarios fueron cancelados por los propios hijos del causante junto con la demandante, en el proceso investigativo adelantando por la demandada, **MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES** aseguró que *“quien se hizo cargo de las exequias del causante fue una sobrina de él”*.

Las anteriores contradicciones les restan credibilidad y validez a los dichos de los declarantes. Luego, las visitas temporales que se dieron entre **MARÍA NOHEMÍ MORERA LESMES** y PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.), y su relación prolongada, 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, durante los últimos 5 años de vida del afiliado, no se demostró en este juicio, lo que descarta los presupuestos normativos para beneficiarse de la prestación que se reclama.

Y respecto de las declaraciones extrajuicio rendidas ante notario por parte de BALBINA CÁRDENAS CÁRDENAS, CESAR ALBEIRO MORERA MORERA y CAMILO ARMANDO MORERA MORERA (*fls. 13 a 15, expediente físico*), quienes afirmaron que **MARIA NOHEMI MORERA LESMES** convivió con PEDRO JOAQUIN MORERA URREGO (q.e.p.d.) en unión marital de hecho de forma permanente, continua e ininterrumpida, desde mayo de 1984 hasta el 03 de septiembre de 2017, esas circunstancias fácticas difieren de lo acontecido en el juicio, donde se constató que hubo una convivencia de forma interrumpida.

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 consagrada en el artículo 49 *ibidem*, motivo suficiente para revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la demandada de todas las pretensiones.

Sin costas en las instancias.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por **MARIA NOHEMÍ MORERA LESMES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

TERCERO: 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 CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.11 2017 00653 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio 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 las partes, contra la sentencia del 29 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual ordenó el pago de aportes educativos y bonificación de recreación, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte demandada (*min. 36:40, archivo "006. AUDIENCIA 29.10.2021 11001-31-05-011-2017-00653-00-20211029_114401-Grabación de la reunión*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

OLGA MARIA MEZA MARTINEZ llamó a juicio a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del **PAR CAPRECOM LIQUIDADO**, con el fin de que se declare que tiene derecho a recibir la totalidad de acreencias laborales convencionales dejados de percibir en los años 2003 al 2015 y 2016 por la suspensión pactada entre CAPRECOM y el sindicato. En consecuencia, pide que se condene

al pago de los reajustes salariales y prestaciones legales y convencionales, prima de junio, prima de navidad, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, quinquenios, descanso especial o adicional hasta 2012, recreación por vacaciones hasta 2012, descanso especial o adicional hasta 2012, guardería años 2003 y 2004, aportes educativos hasta 2015, plan de atención complementaria de salud, ruta de buses, indexación y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró al servicio de CAPRECOM desde el 20 de septiembre de 1990 hasta el 30 de abril de 2016 en calidad de trabajadora oficial, mediante contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de *Técnico Auxiliar I*, devengando como salario la suma de \$1.480.900; que el 12 de junio de 2003 la empresa y el sindicato suscribieron un acuerdo extraconvencional mediante el cual pactaron la suspensión parcial de algunos derechos convencionales por un término de 10 años, prorrogado por 5 años más por acuerdo celebrado en el año 2013; que una vez se ordenó la liquidación de la entidad mediante Decreto 2519 de 2015 se cumplió la condición impuesta en las actas extraconvencionales por lo que las cláusulas convencionales que habían sido suspendidas retomaron vigencia desde el año 2003.

Manifestó que se acogió al Plan Único de Retiro, por lo que firmó acta de conciliación el 02 de mayo de 2016 donde se pactó el reconocimiento de la suma de \$130.667.174 por derechos inciertos y discutibles, indemnización convencional y bonificación por retiro, también se pactó la liquidación definitiva de prestaciones sociales; que el 15 de marzo de 2016 presentó reclamación administrativa, resuelta de manera negativa a través de la Resolución AL-01564 de 2016, contra la cual interpuso recurso de reposición y éste fue decidido mediante Resolución AL-05537 del 05 de julio de 2016; que posteriormente, el agente liquidador expidió la Resolución AL07084 donde declaró la pérdida de ejecutoria parcial de los citados administrativos y negó la solicitud; finalmente, que se encuentra afiliada a la organización sindical "SINTRACAPRECOM" y que la convención colectiva regía para

trabajadores sindicalizados y no sindicalizados (pág. 5 a 45 y 299 a 306, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”).

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del **PAR CAPRECOM LIQUIDADO**, se opuso a las pretensiones, salvo la relacionada con la existencia del contrato y la afiliación de la demandante a la organización sindical. Aceptó la liquidación de la entidad, la existencia de la relación laboral, los extremos temporales, el cargo desempeñado y el salario devengado por la accionante, la existencia de la convención colectiva, los acuerdos extraconvencionales, el acta de conciliación, la solicitud, los recursos interpuestos y la expedición de los actos administrativos. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previas las excepciones de *falta de jurisdicción y competencia*, cosa juzgada, ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y prescripción, y como de fondo las excepciones de *inexistencia del hecho sustento del proceso*, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de prueba de lo solicitado y la innominada o genérica (pág. 362 a 381, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 36:40, archivo “006. AUDIENCIA 29.10.2021 11001-31-05-011-2017-00653-00-20211029_114401-Grabación de la reunión).

El 29 de octubre de 2021, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la ciudadana OLGA MARIA MEZA MARTINEZ y CAPRECOM EICE LIQUIDADA representada en instancia procesal por FIDUCARIA LA PREVISORA, en su condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes, existió una relación laboral vigente entre el 20 de septiembre de 1990 y hasta el 30 de abril del año 2016 en calidad de trabajadora oficial y en los términos señalados en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO: CONDENAR** a la FIDUPREVISORA, en su condición de

*vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: aportes educativos causados entre los años 2013-2016 conforme a la parte motiva de la presente providencia. Bonificación de Recreación Artículo 64 de la convención colectiva de trabajo, la suma de \$444.259. **TERCERO: ABSOLVER** a la FIDUPREVISORA S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la aquí demandante OLGA MARIA MEZA MARTINEZ de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. **CUARTO: DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones formuladas por la pasiva de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de la presente providencia. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, líquidense por secretaria inclúyanse en ellas la suma de \$200.000 valor en que se estiman las agencias en derecho. **SEXTO: CONSULTAR** esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a favor de la demandada en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y únicamente por las condenas que fueron impuestas a través de esta decisión y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de misma.”*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que no había cosa juzgada en la medida en que los beneficios convencionales suspendidos y que se reclaman en esta acción no fueron objeto de acuerdo conciliatorio, además de que se trata de derechos ciertos e indiscutibles. Que no existe duda en la existencia del contrato a término indefinido, tampoco del salario y la finalización del vínculo con ocasión del plan de retiro voluntario aceptado por la trabajadora. Que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre CAPRECOM y el sindicato, año 1996 a 1998, la cual se mantuvo vigente en el tiempo.

Frente al reajuste salarial hasta el año 2016 dijo no hay lugar a dicho reconocimiento puesto que del contenido literal del artículo 45 convencional únicamente procedería para los años 2012 y 2013, pese a ello la parte actora no acreditó cuales fueron los salarios devengados para ese periodo, lo mismo ocurre con el incremento del literal L del Acuerdo Extraconvencional de 2003. Respecto de la prima de navidad, prima de junio, guardería y rutas de buses fueron beneficios suspendidos en el Acuerdo Extraconvencional realizado en el año 2003, lo cual no significa que deban ser reconocidos de forma

retroactiva por el lapso en que duró dicha suspensión, pues la supresión y liquidación de CAPRECOM se dio tan solo con el Decreto 2519 de 2015. Sobre la bonificación de recreación, artículo 64 Convención Colectiva del Trabajo - CCT, que en el Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio de 2013 se reafirmó la plena vigencia de dicha prestación, por lo que al haberse pactado esa condición dedujo que la bonificación por recreación recuperó su vigencia a partir del 7 de junio de 2013 como quedó consignada en el acuerdo convencional, de ahí que condenó al pago hasta el 30 de abril de 2016 por valor de \$444.259.

Respecto del quinquenio, artículo 67 CCT, si bien no se acreditó pago alguno por este concepto, señaló que la liquidación debe realizarse sobre el salario devengado a la fecha de causación, pero como la parte actora solo probó el salario devengado en el año 2016, no era posible efectuar algún cálculo; por aportes educativos, artículo 39 CCT, señaló que en el expediente se aportaron constancias y certificados que dan cuenta de que la hija de la demandante adelantó estudios de primaria y bachillerato en distintas instituciones educativas entre los años 2005 a 2016, por lo que concluyó que le asiste derecho al reconocimiento de esta prestación convencional pero solo para los años 2013 a 2016, puesto que antes de ese tiempo la demandada cumplió a cabalidad con el reconocimiento de dichos rubros.

Frente a la prestación denominada guardería, artículo 31 CCT, dijo que había lugar a su reconocimiento hasta el cumplimiento de los 3 años de la hija de la accionante, esto es hasta el año 2006, pero dicha cláusula sufrió los efectos de la suspensión por 10 años; bonificación por servicios prestados, artículo 55 CCT, que no está probada la forma para calcular la misma y no se puede cuantificar a partir de supuestos; y finalmente, sobre el plan complementario de salud, artículo 28 CCT, estableció que no son dineros que entren al patrimonio del trabajador, sino que va dirigido a las entidades prestadoras de salud, por lo que era deber de la demandante acreditar

qué gastos asumió respecto a los servicios médicos que hubieran sido parte del plan complementario, para ordenar su reconocimiento, aspecto que no fue comprobado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación parcial para que se accedan a las demás prestaciones de la demanda. Aduce que le correspondía a la demandada la carga de la prueba acreditar los salarios de la demandante para el reconocimiento y pago de algunas prestaciones que no fueron concedidas precisamente porque no se pudieron liquidar, y así se solicitó que fuera aportada con la contestación, por lo que dicha falencia debió constituir un indicio grave en contra de la entidad por no aportar las respectivas pruebas; que no existe acuerdo conciliatorio respecto de las pretensiones no acogidas por el despacho; que de conformidad con la Corte Suprema de Justicia los acuerdos extraconvencionales tienen que aclarar o mejorar los derechos reconocidos mediante convención pero no desmejorarlos, por lo que se debe entender que esos acuerdos nunca nacieron a la vida jurídica; y frente al plan complementario de salud se trata de una liquidación que se puede efectuar a través del contrato que se suscribió entre CAPRECOM y TELECOM en aquella época.

Por su parte, el apoderado de la demandada presentó recurso de apelación con el fin de que se revoquen las condenas por los aportes educativos y bonificación de recreación. Señaló que estas obligaciones correspondían a lo que estaba suspendido por el acta de acuerdo del 2003, prorrogada en el año 2013 y es solo cuando se produce la liquidación de CAPRECOM que estas obligaciones se hacen exigibles para esa demandada, y la entidad hizo los pagos que realmente le correspondían; frente a los aportes educativos manifestó que las partes a través de su sindicato habían establecido la congelación de este beneficio para todos los trabajadores, acuerdos extraconvencionales que cumplieron con todos los trámites de su

negociación y depósito ante el Ministerio de Trabajo que establecieron que esas prestaciones quedaban suspendidas y que no tenían efectos retroactivos como lo pretende la parte actora.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes no presentaron alegaciones.

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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si una vez terminada la suspensión condicional de algunas cláusulas de la convención colectiva conforme con el Acuerdo Extraconvencional celebrada entre CAPRECOM y el sindicato de sus trabajadores el 12 de junio de 2003, se deben reconocer los beneficios con carácter retroactivo. En caso afirmativo, definir si proceden los derechos convencionales que se reclaman.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** **OLGA MARIA MESA MARTINEZ** prestó servicios a la extinta CAPRECOM entre el 20 de septiembre de 1990 y el 30 de abril de 2016 mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando como último cargo el de *Técnico Auxiliar I*, con un salario de \$1.480.862 (*pág. 48 y 53, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”*), siendo beneficiaria de la convención colectiva de trabajo (*pág. 49, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”*); **ii)** el contrato de trabajo se terminó con ocasión de la aceptación voluntaria del Plan Único de Retiro Voluntario Consensuado,

plasmado en el acuerdo conciliatorio celebrado el 02 de mayo de 2016 (pág. 50 a 54, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”); **iii)** entre CAPRECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - SINTRACAPRECOM el 12 de junio de 2003 se suscribió Acuerdo Extraconvencional donde se pactó la suspensión parcial y temporal de algunas cláusulas convencionales, para soportar la viabilidad financiera de CAPRECOM (pág. 341 a 352, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”); **iv)** entre CAPRECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - SINTRACAPRECOM el 13 de diciembre de 2011 se suscribió Convención Colectiva de Trabajo vigencia 2012-2013, con la correspondiente constancia de depósito en el Ministerio de Trabajo el 22 de diciembre de 2011 (pág. 318 a 327, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”); **v)** entre CAPRECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - SINTRACAPRECOM el 07 de junio de 2013 se suscribió Acuerdo Extraconvencional, ampliando la vigencia por cinco (5) años más del Acuerdo Extraconvencional celebrado el 12 de junio de 2003 (pág. 341 a 352, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”); **vi)** y **OLGA MARÍA MEZA MARTINEZ** solicitó a la demandada el reconocimiento de los derechos convencionales causados entre el año 2013 a 2016 y dicha petición fue resuelta de manera desfavorable mediante Resolución AL-07084 de 2016 (pág. 55 a 145, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”).

- Sobre la procedencia de los derechos convencionales reclamados

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio conviene precisar que la convención colectiva de trabajo conforme el artículo 467 del CST y el artículo 46 de la Ley 6 de 1945, para el caso de los trabajadores oficiales, corresponde al acuerdo celebrado entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno o más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

Al efecto, el artículo 469 del CST establece que la convención debe celebrarse por escrito y debe ser depositada necesariamente ante el Ministerio de Trabajo a más tardar en los 15 días siguientes al de su firma, so pena de no producir efectos. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la carencia de la nota de depósito impide asignar efectos jurídicos a la convención colectiva de trabajo aportada a juicio, salvo que no exista controversia entre las partes relativa a su validez, tal y como señaló en las sentencias de Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL3398 de 2018 y SL4792 de 2019, entre otras.

La misma Corporación ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a fijar su sentido y alcance en virtud de su libertad de negociación, sin embargo, cuando se somete la convención a apreciación judicial, la misma debe ser considerada como una prueba y, por ende, el Juez laboral podrá apreciarla conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPT y de la SS a fin de establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015 y SL20748 de 2017, entre otras.

Aplicando el anterior parámetro interpretativo, en el caso de los Acuerdos Extraconvencionales de 2003 y 2013, objeto de la controversia en este proceso, se advierte de su contenido que las partes acordaron dejar sin efecto la suspensión de derechos convencionales en caso de liquidación de CAPRECOM, no obstante en ningún aparte del acuerdo se define de manera clara que se hubiera establecido el efecto retroactivo del levantamiento de la suspensión, lo que impide a la Sala asignarle tal condición, pues aquella requiere ser pactada de forma expresa, so pena que prevalezca el principio general de irretroactividad de la norma, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de Rad. 2.194 del 7 de julio de 1988 y Rad. 5.491 del 23 de julio de 1993.

Además, el Acuerdo Extraconvencional celebrado en el año 2003 fue validado, ratificado e incorporado a la Convención Colectiva

de Trabajo, vigencia 2012-2013, celebrada entre CAPRECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - SINTRACAPRECOM, en virtud del artículo 79, donde se señaló que *“Las cláusulas convencionales contenidas en acuerdos anteriores que no hubieren sido modificadas expresamente en la presente negociación, continuaran vigentes, **así como el Acuerdo Extraconvencional de junio 12 de 2003**”*¹ (pág. 327, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”), lo que le da plena eficacia jurídica.

Por tanto, al ser claro que las partes no definieron en el referido acuerdo la aplicación retroactiva de los beneficios, una vez levantada la suspensión de los acuerdos si ocurría la liquidación de CAPRECOM, como en efecto sucedió (Decreto 2519 de 28 de diciembre de 2015, publicado en el Diario Oficial No. 49.739 en la misma fecha), no puede darse un sentido o entendido diferente al que le dieron los actores intervinientes en el acto, lo que descarta el planteamiento de la demandante. Siendo ello así, no hay lugar a pago alguno de las prestaciones convenciones que estuvieron suspendidas hasta el 27 de diciembre de 2015.

Ahora, respecto del aporte educativo, y contrario a lo señalado por al *a quo*, en ningún momento en el Acuerdo Extraconvencional celebrado el 07 de junio de 2013 se dispuso el levantamiento de la suspensión que condujera a reactivar el pago de esta prestación. Tanto así, que fue la propia organización sindical quien propuso, en esa fecha, que los aportes educativos del artículo 39 de la CCT continuaran suspendidos por el tiempo que durara el acuerdo (literal D, numeral 14, pág. 346, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”), motivo por el cual no es procedente el pago desde el año 2013 hasta el 27 de diciembre de 2015, un día antes de la supresión de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, como lo dispuso el juzgado de primera instancia, lo que conlleva a la revocatoria de esta condena.

¹ Resaltado de la Sala.

Y respecto de la bonificación de recreación, contenida en el artículo 64 Convencional, en efecto en el Acuerdo Extraconvencional celebrado el 07 de junio de 2013 se reafirmó la plena vigencia y aplicabilidad de esa norma, consistente en el pago de tres días de salario como bonificación especial de recreación, con ocasión del disfrute de vacaciones (*literal b, pág. 346, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”*). Pese a ello, es una pretensión que no tiene vocación de prosperidad y que también conduce a revocar la condena impartida por el *a quo*.

No desconoce la Sala que la parte demandada tenía la obligación de aportar las pruebas documentales que estaban en su poder, conforme lo exige el artículo 31 del CPTSS, en especial el expediente laboral de **OLGA MARIA MEZA MARTINEZ**, que dieran fe de los pagos mensuales legales y convencionales recibidos. Sin embargo, el pago de la bonificación especial de recreación se encuentra condicionada al disfrute de las vacaciones de la trabajadora, por lo que era precisamente a la demandante quien tenía la carga de la prueba² de demostrar que disfrutó de periodos de descanso y que no le fue reconocida esta acreencia laboral extralegal, circunstancia que no se acreditó en este juicio. Además, este aspecto era necesario puesto que en la reunión de negociación del acuerdo extraconvencional llevada a cabo el 05 de junio de 2013, se manifestó que este concepto ya se venía pagando y liquidando como sueldo (*numeral 10°, pág. 355, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”*).

Y frente a las prestaciones convencionales reclamadas y que se causaron entre el 28 de diciembre de 2015 a la fecha de terminación del contrato de trabajo, basta revisar el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes el 02 de mayo de 2016, ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Pasto (*pág. 50 a 54, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”*), para concluir que no se le adeuda

² Artículo 167 del Código General del Proceso

suma alguna a **OLGA MARIA MESA MARTINEZ**. En el contenido de esta conciliación aparece la liquidación final del contrato de trabajo donde se reconocieron prestaciones legales y convencionales, entre ellas, prima semestral de junio convencional, bonificación recreacional, prima de navidad convencional, bonificación por servicios y bonificación especial de diciembre (*numeral 8, pág. 53, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”*). Igualmente, se pactó entre las partes que la entidad quedaba a paz y salvo con la trabajadora de todos los beneficios convencionales causados desde el 28 de diciembre de 2015 hasta la fecha de desvinculación de la entidad (*numeral 9, pág. 53, archivo “001. ESCANER PROCESO FISICO 2017 00653”*) y así hubo expresa aceptación de la demandante al suscribir dicha acta sin ninguna objeción.

Bajo ese escenario, si la demandante consideraba que existían diferencias a su favor por el pago de acreencias laborales generadas entre el 28 de diciembre de 2015 y el 30 de abril de 2016, que no quedaron cobijadas con las sumas reconocidas y conciliadas y que correspondían a derechos ciertos e indiscutibles, debió así acreditarlo para realizar la respectiva valoración, situación que no se planteó, reclamó ni justificó en el presente proceso.

En consecuencia, y dado el resultado del estudio de la controversia planteada, no le queda camino distinto a la Sala que revocar la sentencia y, en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

Sin costas en las instancias.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por **OLGA MARIA MESA MARTINEZ**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

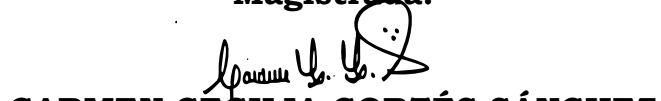
SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

TERCERO: 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 CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.12-2021-00554-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 demandante contra la sentencia del 23 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las demandadas y condenó en costas a la parte actora (*min. 41:20, archivo “22AudioAudiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA 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 nulidad del traslado y de la afiliación realizada a **PORVENIR** y, en consecuencia, se trasladen todos los aportes y sus rendimientos a **COLPENSIONES**, con la correspondiente reactivación de la afiliación, junto con condenas por facultades ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 22 de octubre de 1962, se afilió al ISS el 07 de julio de 1986, que en **PORVENIR** le aparecen cotizaciones desde el 1° de abril de 1999, AFP que al momento de la afiliación no le brindó la información adecuada y completa acerca del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, ni mucho menos le calculó a futuro el valor de la mesada pensional, tampoco le explicaron las ventajas ni desventajas de pertenecer a dicho régimen ni las diferencias existentes entre los regímenes pensionales (pág. 5 a 16, archivo “01DemandayAnexos”).

- **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 y la cantidad de semanas cotizadas. 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. 2 a 13, archivo “07ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la afiliación a esa AFP. Expresó que los demás 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 22, archivo “09ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 41:20, archivo “15AudioAudienciaVirtual”)

El 23 de febrero de 2023, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: ABSOLVER** a PORVENIR y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandante y a favor de las accionadas, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$600.000, en razón de \$300.000 para cada una de las accionadas. **TERCERO: CONSÚLTESE** la presente decisión ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser apelada por la demandante...”.*

Como fundamento de la decisión la Juez indicó que la demandante cotizó al ISS del 07 de julio de 1986 al 31 de agosto de la misma anualidad, pero a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no se encontraba activa cotizando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, ni laborando en una entidad pública o cotizando a una caja o fondo, de ahí que en vigencia del Sistema General de Pensiones seleccionara el RAIS como su régimen pensional, como se observa en el formulario de afiliación, donde se indica que no se trata de un traslado sino de la selección inicial del régimen. Por tanto, que conforme con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL39772 de 2010 y SL214 de 2020, al no encontrarse cotizando la actora al 1° de abril de 1994, dedujo que la primera y única vinculación al Sistema a la vigencia del mismo lo fue al RAIS el 1° de febrero de 1999, cuando expresó su voluntad de afiliarse a HORIZONTE, de ahí que no se hable de traslado, sin que allá hay lugar a analizar las implicaciones que conlleva este supuesto que no se produjo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se accedan a las

pretensiones de la demanda. Adujo que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1452 de 2019, SL1688 de 2019 y SL1689 de 2019 indicó que es el fondo privado quien tiene que demostrar o probar la obligación de información, y con el interrogatorio de la demandante quedó plenamente demostrado que no recibió ningún tipo de información al afiliarse a dicho fondo, tampoco tuvo conocimiento de los requisitos de pensión de jubilación y no sabe los beneficios del fondo privado, además que el formulario se lo hizo firmar el jefe de personal del hospital de Villanueva (*min. 42:25, archivo “15AudioAudienciaVirtual”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional.

La firma Arango García Abogados Asociados quien actúa como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No.37.627.008 y T.P. 221.228 del CSJ, a quien se le reconoce dicha calidad, y en el escrito de alegatos solicitó la confirmación de la sentencia al considerar que no es procedente el traslado de régimen reclamado por la parte actora.

Y el apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos elevados en la alzada.

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 hubo traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE** a través de la vinculación que realizó al RAIS a través de HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, si fue válido o ineficaz por faltarse al deber de información, así como la procedencia de los demás pedimentos contenidos en la demanda, conforme lo alegado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA** nació el 22 de octubre de 1962 y se afilió al ISS a partir del 07 de julio de 1986 (*archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_2227-20220407093630”, subcarpeta “08ExpedienteAdministrativo”*); **ii)** y se vinculó al RAIS mediante formulario de afiliación con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 1° de febrero de 1999, con efectividad a partir del 1° de abril siguiente, donde permanece actualmente (*pág. 24 y 103, 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 *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 la ineficacia del traslado de régimen pensional fue negada por el *a quo* bajo el argumento de que la primera y única vinculación de la demandante al Sistema General de Pensiones después de entrar en vigencia, lo fue al RAIS el 1° de febrero de 1999, cuando expresó su voluntad de afiliarse a HORIZONTE, por lo que dedujo que no se puede hablar materialmente de un traslado. El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación aduciendo que se faltó al deber de información por parte de la AFP, sin cuestionar el argumento central planteado en la instancia para negar las pretensiones de la demanda.

Pese a ello, para poder determinar si se respetó el deber de información en el caso de la vinculación de la demandante, como se reclama en la alzada, se requiere previamente establecer si esa afiliación ocurrió con ocasión de un traslado de régimen pensional o, si como lo sostuvo el *a quo*, se trató de la vinculación inicial al sistema de seguridad social, pues de eso depende las consecuencias jurídicas que comporta un desconocimiento al derecho del afiliado de

seleccionar de forma libre y voluntaria los regímenes pensionales (artículo 13 Ley 100 de 1993).

En efecto, resulta necesario aclarar que la **afiliación** al Sistema General de Pensiones, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción, tal y como señala el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

La anterior precisión resulta relevante en el caso bajo estudio, porque permite entender la razón por la cual los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, compilados en los artículos 2.2.2.1.8 y 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 de 2016, en armonía con el literal e) de la Ley 100 de 1993, consagraron dos escenarios posibles respecto de los afiliados a pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993: **i)** los afiliados vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, continuaron *automáticamente* suscritos a dichas entidad y podían cambiar por primera vez, en cualquier tiempo, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y luego quedarían cobijados por la restricción señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; **ii)** los afiliados que ejercieron su *selección inicial* después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes inmediatamente quedaron cobijados por la restricción de traslado de régimen pensional consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL Rad. 32.363 del 16 de septiembre de 2008, SL Rad. 39.772 del 13 de marzo de 2012, SL8719 de 2014 y SL2259 de 2022, entre otras, ha señalado que una vez transcurrido el plazo fijado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el afiliado adquiere el derecho a trasladarse de régimen pensional si así a bien lo tiene, por tanto, solo serán ineficaces los traslados de régimen que se hagan sin respetar el tiempo mínimo de permanencia.

Atendiendo los precitados antecedentes normativos, en el caso bajo estudio **MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA** se afilió a pensiones el 07 de julio de 1986, a través de su vinculación al extinto ISS, condición que perduró con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 y solo hasta el 1° de febrero de 1999, la demandante suscribió formulario de vinculación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** con el subsecuente traslado del RPM al RAIS, por lo que no queda duda alguna de que se trata de una afiliada que quedó *automáticamente* vinculada al ISS en el RPM con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quien podía trasladarse por primera vez al RAIS en cualquier tiempo, conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, compilado en los artículos 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 de 2016.

Siendo ello así, el acto jurídico realizado por la demandante el 1° de febrero de 1999, ante HORIZONTE hoy **PORVENIR**, no comporta la vinculación inicial al Sistema General de Pensiones, sino que para todos los efectos legales corresponde a un típico traslado de régimen pensional, contrario a lo sostenido por el *a quo*.

Y en el presente asunto **MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA** elevó la pretensión de declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS por vulneración del deber de información por parte de HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, aspecto reiterado en la alzada, por lo que a continuación la Sala resolverá dicho aspecto.

Conforme con la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4° del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, HORIZONTE hoy **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 recuerda que al momento de la suscripción del formulario haya estado presente algún asesor de la AFP pues el mismo fue firmado por sugerencia del jefe de personal del Hospital donde laboraba, 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.

Ahora, es pertinente aclarar que, si bien **MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA** en el interrogatorio manifestó que había elevado solicitud de reclamación de pensión ante su fondo de pensiones, la Sala en providencia del 08 de mayo de 2013 (*archivo “06AutoDecretaPruebaOficio”*), requirió a **PORVENIR S.A.** para que certificara si la demandante había solicitado el reconocimiento pensional y la decisión que se había adoptado. En cumplimiento de esa orden, la apoderada de la referida AFP informó que “*en la actualidad la señora MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA identificada con C.C. No. 40797162 no ostenta...estatus jurídico de pensionada*” (pág. 105 y 106, *archivo “08RespuestaPorvenir”*), de lo que se deduce que no hay ninguna circunstancia que impida el estudio de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Se advierte también 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 afiliada al RPM.

Igualmente, 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.

En consecuencia, le asiste razón a la parte apelante, motivo por el cual se revocará la sentencia y, en su lugar, se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En todo caso conviene precisar que las consecuencias que le pueda implicar a **MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA** el retorno al RPM, como por ejemplo tener que reunir 1.300 semanas y no 1.150 semanas exigidas en el RAIS, para acceder a la prestación pensional, no son objeto de estudio en el presente asunto, pues es el resultado de volver las cosas a su estado anterior como si el traslado nunca hubiese existido.

Pues bien, 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.

Por su parte, **COLPENSIONES** deberá recibir los aportes, reactivar la afiliación sin solución de continuidad y actualizar la historia laboral de la accionante, 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.

Frente a la ineficacia de la afiliación al RAIS, se precisa que la misma en el presente caso no se configuró, 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 declarará 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. Teniendo en cuenta el resultado del estudio de la causa, tampoco encuentran prosperidad los demás medios de defensa invocados por la parte pasiva.

Sin costas en ambas instancias.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional

realizado por la demandante **MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA** el 1° de febrero de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de **PORVENIR S.A.**, por el incumplimiento del deber de información. En consecuencia, se ordena su regreso automático sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de **MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA**, incluyendo el capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros. De igual modo, la citada AFP deberá devolver 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 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.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante, sin solución de continuidad, como su afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir de **PORVENIR S.A.** los valores ordenados e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: 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: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: Sin costas en ambas instancias.

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: MIREYA BEATRIZ ACOSTA MENDOZA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2021 00554 01

MAGISTRADA 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. 15-2019-00773-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 presentado por **HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ** contra la sentencia del 27 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones (*min. 01:28:24, archivo “47Audiencia20230327”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ llamó a juicio a la **AADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se reconozca y pague la pensión de vejez, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, a partir del 10 de septiembre de 2016, junto con intereses moratorios y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró al servicio de **ALMAGRARIO** desde el 13 de noviembre de 1978 hasta el 18 de febrero de 1980, tiempo que dice no aparece reflejado en su historia laboral; que

laboró al servicio de varias entidades públicas, cotizando a cajas de previsión social y en diferentes empresas del sector privado cotizando al ISS, por lo que suma un total de 1.367 semanas; que nació el 10 de septiembre de 1954 y cumplió el requisito de edad el 10 de septiembre de 2016; posteriormente, que el 25 de enero de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** la pensión de vejez, la cual fue negada a través de la Resolución SUB189739 del 19 de julio de 2019, pero que dicha entidad no ha ejercido las acciones de cobro contra los empleadores sobre quienes no les aparece las respectivas cotizaciones (*pág. 3 a 10, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó las cotizaciones realizadas a cajas de previsión social y al ISS, la fecha de nacimiento del demandante, la solicitud de pensión de vejez y su negativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 73 a 82, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*).

Mediante providencia del 21 de enero de 2021, se dispuso la vinculación como litisconsorcio necesario a **ALMAGRARIO y ALCALDÍA MUNICIPAL DE CANALETE** (*pág. 89 a 91, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*).

ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN se opuso a la pretensión relacionada con esa entidad. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe de **ALMAGRARIO**, mala fe de **COLPENSIONES**, falta de legitimación por pasiva y la innominada o genérica. A su vez, llamó en garantía al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, (*pág. 107 a 115, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*).

En auto del 17 de septiembre de 2021 se negó el llamamiento en garantía y se vinculó al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** como litisconsorcio necesario. Además, se dispuso el emplazamiento y nombramiento de curador *ad-litem* a **ALCALDIA MUNICIPAL DE CANALETE** (pág. 128 a 130, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”).

LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL se opuso a las pretensiones. Aceptó el periodo laborado por el demandante en **ALMAGRARIO**, la fecha de nacimiento del demandante, la solicitud de pensión de vejez presentada ante **COLPENSIONES** y su respuesta negativa. Expresó que los demás hechos no le constaban y presentó las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada o genérica (pág. 2 a 9, archivo “15CorreoContestacionDemandaMinAgricultura”).

En decisión del 02 de mayo de 2022, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá revocó la orden de emplazamiento y nombramiento de curador *ad-litem* a la **ALCALDIA MUNICIPAL DE CANALETE**, validó su notificación y continuó el trámite del proceso (archivo “18Ord201900773FijaFechaAudiencia”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:28:24, archivo “47Audiencia20230327”)

El 27 de marzo de 2023, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, ALMAGRARIO EN LIQUIDACION y MINISTERIO DE AGRICULTURA de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y frente a las mismas declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por estas partes demandadas. **SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS** a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva. **TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada, y dado el

resultado desfavorable para el señor demandante se remitirán las diligencias al superior para efectos de que la revise en el grado jurisdiccional de consulta. (...)

Como sustento de la decisión el Juez señaló que el periodo del 13 de noviembre de 1978 al 1 de abril de 1979 **ALMAGRARIO** lo cotizó al ISS, pero no obra reporte del 1° de abril de 1979 al 18 de abril de 1980, que corresponde a un total de 45,42 semanas, las cuales se deben sumar a las 1.078 semanas contabilizadas en la historia laboral; frente al Instituto Colombiano Agrario del 1° de junio de 1981 al 11 de abril de 1984, también aparece cotizado y sumado en la historia laboral, lo mismo que los periodos laborados con los empleadores Gobernación de Córdoba, Rama Judicial, Contraloría General de la Republica y Senado de la Republica. Respecto de la Electrificadora de Córdoba dijo que no le cotizaron 45 días del 12 de enero de 1995 hasta el 28 de febrero de 1995, pues se reportó cotización desde el 1° de marzo de 1995.

Sobre la Alcaldía de Canalete dedujo que fue una vinculación por contrato de prestación de servicios entre el 1° de marzo de 1997 al 30 de diciembre de 1997, no siendo aplicable la teoría del allanamiento a la mora, dado que le correspondía al demandante afiliarse a la administradora de pensiones; con la Alcaldía Municipal de San Marcos solo hizo falta la cotización del 1° de noviembre de 1998 al 31 de diciembre de 2000, esto es, 60 semanas; con el Municipio de Chinú se cotizó solo hasta el 31 de octubre de 2004, pero no del 1° de noviembre de 2004 al 31 de julio de 2005, 8 meses 11 días, que corresponde a 35,35 semanas; por tanto, que sumadas las 1078,57 semanas con las reconocidas en la sentencia, esto es, 6,75 por Electrificadora de Córdoba, 45,42 de Almagrario, 60 semanas por el Municipio de San Marcos y 35 semanas en el Municipio de Chinú, arroja un total de 1.225 semanas, incluso que sumando las 45 semanas del Municipio de Canalete, darían 1.270 semanas, por lo que concluyó que no se cumplen las semanas mínimas que exige la Ley 797 de 2003.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia y, en su lugar, se reconozca la pensión de vejez a partir del 10 de septiembre de 2016, junto con intereses moratorios. Adujo que el actor tiene cotizadas 1.324 semanas, y a pesar de que el certificado laboral del Municipio de Canelete indica que fue como prestación de servicios, las semanas si aparecen reportadas como cotizadas, por lo que se debe hacer un nuevo conteo de las semanas tanto las cotizadas a cajas de previsión como al ISS y el tiempo de servicios en **ALMAGRARIO**; además, que cada uno de los periodos en este proceso fueron probados con la documental aportada y ratificados por las demandadas en la medida en que no hubo oposición (*min. 01:33:48, archivo “47Audiencia20230327”*).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal del demandante reiteró los argumentos elevados en la alzada.

El apoderado de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** solicitó la confirmación de la sentencia de primeras instancias.

No hubo pronunciamiento de las demás partes.

La apoderada general de **COLPENSIONES** presentó escrito de renuncia, solicitud que no cumple los presupuestos del artículo 76 del CGP.

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 el actor acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez, su correspondiente retroactivo e intereses moratorios.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i) HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ** nació el 10 de septiembre de 1954 (*pág. 11, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*); **ii)** el demandante presentó solicitud de pensión vejez el 29 de marzo de 2019, la cual fue resuelta de forma negativa por **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB189739 del 19 de julio de 2019, notificada el 02 de agosto de 2019 (*pág. 16 a 22, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*).

- Sobre la pensión de vejez en la Ley 797 de 2003

El artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, exige para acceder a la pensión de vejez, para el caso de los hombres, tener 62 o más años de edad y un mínimo de 1.300 semanas a partir del año 2015.

La misma norma, en los literales b, c, d y e del Parágrafo 1º, establece que para efectos del cómputo de semanas se tendrán en cuenta el tiempo de servicios como empleados públicos, el tiempo de vinculación con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y con

posterioridad, tiempo de servicio con empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador y las semanas cotizadas a las cajas de previsión.

El inciso 2 del literal e *ibídem* estableció que para que sea procedente el compute de servicio **el empleador o la caja deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora.** (Resaltado y negrilla de la Sala).

- Sobre la diferencia entre la mora del empleador y la falta de afiliación en el Sistema General de Pensiones.

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realice su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque solo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL5607 de 2019, SL 4295 de 2021, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio. Los anteriores requisitos permiten diferenciar la mora del empleador con la ausencia de afiliación, último evento en cual el empleador omite afiliar a su trabajador dependiente, lo cual impide a la administradora conocer la existencia de la relación laboral y el subsecuente ejercicio de las acciones de cobro, motivo por el cual sólo es viable su validación a través del pago del cálculo actuarial, conforme el literal d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y compilado en el artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016.

CASO CONCRETO

En el presente asunto el juzgado de instancia negó la pensión de vejez al establecer que **HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ** tan solo acredita un total de 1.224 semanas entre cotizadas y validadas por tiempos de servicios.

En la alzada la parte actora sostiene que en el expediente acreditó un total de 1.324 semanas cotizadas, por lo que considera tener derecho a la prestación pensional.

Por tal motivo, procede la Sala a verificar si **HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ** cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que exige para acceder a dicha prestación, para el caso de los hombres, tener 62 o más años de edad y un mínimo de 1.300 semanas a partir del año 2015, de la siguiente manera:

HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ nació el 10 de septiembre de 1954 (*pág. 11, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*), por lo que cumplió 62 años de edad en mismo día y mes del año 2016, reuniendo así el primer presupuesto normativo. Al revisar el reporte de semanas cotizadas, expedido el 03 de octubre de 2022 (*archivo “41ReporteSemanas2”*) se observa que cotizó un total de 558,43 semanas al ISS hoy **COLPENSIONES**, y tiene tiempos públicos validados no cotizados a ese fondo equivalentes a 520,14 semanas, en total **1.078,57** semanas.

Al revisar los documentos aportados por la parte demandante, y teniendo en cuenta que frente a la mora su análisis no se supedita únicamente en establecer si el fondo de pensiones se allanó a la misma por no ejercer las acciones de cobro oportunamente, sino que se requiere de la participación activa del afiliado quien deberá demostrar la efectiva prestación del servicio en esos periodos, la Sala encuentra lo siguiente:

a. ALMAGRARIO. El actor laboró entre el 13 de noviembre de 1978 al 18 de febrero de 1980, de forma ininterrumpida (*pág. 34, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*), sin que aparezca cotizado el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1979 al 18 de febrero de 1980. Sin embargo, se debe precisar que para este periodo (1° de abril de 1979 - 18 de febrero de 1980) no aparece afiliación activa el sistema pensional, no fue probado por ninguna de las partes de esa relación laboral, tampoco **ALMAGRARIO** acreditó su pago, no es posible predicar la mora a cargo de **COLPENSIONES**. En efecto, en el reporte tradicional de semanas, expedido por **COLPENSIONES** el 03 de octubre de 2022 (*archivo “40ReporteSemanas”*) aparece como fecha de ingreso con el empleador INAGRARIO S.A. el 13 de noviembre de 1978, con novedad de retiro el 1° de abril de 1979. Por tal motivo, la única forma de validar estos tiempos es con el pago del cálculo actuarial a entera satisfacción del fondo de pensiones, en los términos señalados por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, siendo procedente ordenar a dicho fondo realizar el cálculo teniendo en cuenta un salario mensual de \$7.500 (*pág. 34, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*) y a **ALMAGRARIO**, su

empleador, acreditar su pago. En este caso, no son de recibo los argumentos del empleador expuestos en la contestación de la demanda, pues no era el MINISTERIO DE AGRICULTURA quien realizaba los pagos de seguridad social, sino que, como se desprende del reporte de semanas cotizadas y la historia laboral objeto de estudio, fue ALMAGRARIO quien efectuaba los aportes pensionales directamente en el ISS, y no se probó en el juicio cuestión diferente.

b. Para la Rama Judicial laboró desde el 16 de septiembre de 1988 hasta el 15 de octubre de 1990, periodos que fueron cotizados a CAJANAL (pág. 35, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01a116”), semanas que ya aparecen reflejadas en la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** (archivo “41ReporteSemanas2”).

c. Con la Gobernación de Córdoba laboró desde el 20 de septiembre de 1984 hasta el 18 de agosto de 1987 (pág. 36, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01a116”), tiempos públicos validados y sumados por **COLPENSIONES** en la historia laboral expedida el 03 de octubre de 2022 (archivo “41ReporteSemanas2”).

d. Para la Contraloría General de la República laboró desde el 09 de octubre de 1991 al 22 de noviembre de 1992 (pág. 38 a 43, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01a116”), tiempos públicos validados y sumados por **COLPENSIONES** en la historia laboral expedida el 03 de octubre de 2022 (archivo “41ReporteSemanas2”).

e. Con el Senado de la República Laboró desde el 30 de noviembre de 1992 al 16 de enero de 1994, tiempos cotizados a FONPRECOM (pág. 44 a 49, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01a116”), reconocidos por **COLPENSIONES** en la historia laboral.

f. Electrificadora de Córdoba. Según documento expedido el 09 de septiembre de 1999, la Electrificadora de la Costa S.A. E.S.P. certificó que el demandante laboró para la Electrificadora de Córdoba desde el 12 de enero de 1995 al 20 de febrero de 1997 (pág. 50, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01a116”). En la historia laboral aparece

cotizado a partir del 1° de marzo de 1995 hasta el 28 de febrero de 1997. Por el lapso de tiempo comprendido entre el 12 de enero de 1995 al 28 de febrero de 1995 no aparece afiliación en el sistema pensional, lo que descarta la aplicación del presupuesto de la mora y, además, los documentos aportados no acreditan la efectiva prestación del servicio, con lo cual no se acreditan los requisitos mínimos para la consolidación de este tiempo con fines pensionales.

g. ALCALDÍA MUNICIPAL DE CANALETE. El demandante se vinculó por medio de un contrato de prestación de servicios desde el 1° de marzo de 1997 hasta el 30 de noviembre de 1997 (*pág. 51, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*), tiempo durante el cual **HUGO GERMAN** no acreditó que se haya afiliado en esa condición al sistema pensional, no siendo viable la sumatoria de estos tiempos en los términos señalados en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, menos aún predicar allanamiento a la mora por parte del ISS hoy **COLPENSIONES**.

h. Con la Alcaldía Municipal de San Marcos laboró desde el 1° de enero de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2000 (*pág. 53 a 61, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*). Por ese tiempo, la autoridad municipal le cotizó un total de 241 días. La prestación del servicio se desprende de las certificaciones de servicios públicos expedidas por la referida Alcaldía y había afiliación efectiva sin novedad de retiro, siendo procedente tener en cuenta un adicional de 831 días, equivalentes a **118.71** semanas, que se deben sumar a las reconocidas por el fondo de pensiones, pues dicha entidad no ejerció las respectivas acciones de cobro, en virtud de las facultades previstas en la Ley 100 de 1993.

i. Para la Alcaldía Municipal de Chinú el demandante prestó el servicio como empleado para esa entidad entre el 16 de julio de 2001 hasta el 11 de julio de 2005 (*pág. 62 a 66, archivo “01ExpedienteDigitalizadoFolio01al116”*). Al revisar la historia laboral no le aparecen cotizaciones por los periodos de julio a diciembre de 2003, febrero a junio de 2004 y noviembre de 2004 a 11 de julio de 2005, tiempos públicos que se acreditan como laborados de forma ininterrumpida, según los certificados CETIL, expedidos por la Alcaldía,

los cuales gozan de presunción de autenticidad. Siendo ello así, al no existir solución de continuidad y al no reportarse novedad de retiro, hubo omisión del empleador en el pago oportuno del aporte y de **COLPENSIONES** al no ejercer las acciones de cobro y demás medidas coercitivas para obtener su pago, por lo que dicha administradora de pensiones debe considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer dichas acciones. En total, se deben sumar 551 días, que equivalen a **78,71** semanas.

Bajo ese escenario, sumadas las semanas y tiempos de servicios reconocidos por **COLPENSIONES** en la historia laboral, esto es, **1.078,57** semanas, más los reconocidos en esta sentencia por allanamiento a la mora, **118.71** semanas por el empleador Alcaldía Municipal de San Marcos y **78,71** semanas por el empleador Alcaldía Municipal de Chinú, sin tener en cuenta los tiempos habilitados para cálculo actuarial, arrojan un monto de **1.275,99** semanas, por lo que **HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ** no cumple los presupuestos para ser beneficiario de la pensión de vejez que se reclama. Siendo ello así, es indudable que el demandante va a consolidar su estatus pensional con los tiempos que se ordenan validar y pagar por cálculo actuarial a cargo del empleador **ALMAGRARIO**.

Sin embargo, no es posible disponer el reconocimiento pensional anticipado sin que **COLPENSIONES** reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial, momento a partir del cual es el propio ente administrador del fondo de pensiones quien debe resolver la solicitud, en los términos establecidos por el legislador. Por tal motivo, se revocará la sentencia, se ordenará a **COLPENSIONES** a expedir el cálculo actuarial y a **ALMAGRARIO** a pagar dicho cálculo. Una vez se acredite el pago del cálculo actuarial, el fondo de pensiones debe actualizar la historia laboral y proceder a estudiar la prestación pensional que corresponda a favor del demandante.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES** y **ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN**, la

misma no es procedente en atención a que en el presente asunto la condena en contra de dichas entidades es por la expedición y pago del cálculo actuarial, respectivamente, y la actualización de la historia laboral, por lo que al tratarse de aportes pensionales estos tienen el carácter de irrenunciables e imprescriptibles, conforme con el artículo 48 Constitucional. Además, es imprescriptible el pago del cálculo actuarial a transferirse, toda vez que los citados pagos hacen parte de los aportes que formarán el capital indispensable para el reconocimiento de la pensión, tal y como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL941-2018, SL738-2018 y SL2340-2022).

Frente a las demás excepciones propuestas por estas entidades y por el resultado del estudio objeto de litigio, las mismas tampoco tienen vocación de prosperidad. Y respecto de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** y la **ALCALDIA MUNICIPAL DE CANALETE** la decisión es de tipo absolutorio, relevándose la Sala del estudio de los medios exceptivos propuestos por **LA NACIÓN**.

Sin costas en las instancias.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que en el término de un mes realice el cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 1° de abril de 1979 al 18 de febrero de 1980, laborado por **HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ** al servicio de **ALMAGRARIO**, teniendo como salario mensual la suma de \$7.500. Una vez lo anterior, deberá remitirlo al juzgado de primera instancia y a la demandada **ALMAGRARIO**.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN** a pagar el cálculo actuarial que emita la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**. Dicho pago deberá realizarse en los quince (15) días siguientes a la fecha en el que se la sea remitida la liquidación por parte del fondo de pensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a que una vez reciba el pago del cálculo actuarial por parte del demandado **ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN**, a su entera satisfacción, proceda a actualizar la historia laboral y a estudiar el derecho a la pensión de vejez **HUGO GERMAN BULA VELASQUEZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia

QUINTO: ABSOLVER a los demandados **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** y la **ALCALDIA MUNICIPAL DE CANALETE** de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

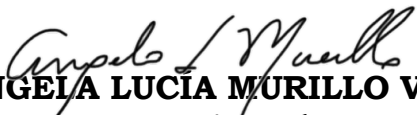
SEXTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN**.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en segunda instancia.

OCTAVO: 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 CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 16-2021-00397-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 13 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, ordenó a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo todos los conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general todo valor que haya recibido, y a **COLPENSIONES** a aceptar dicha transferencia y a reactivar la afiliación efectuada por el demandante al régimen de prima media, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:02:30, archivo “28AudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

CARLOS GILBERTO MUÑOZ CRUZ 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 nulidad o ineficacia de la afiliación realizada al RAIS, y en consecuencia, se ordene a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** los valores obtenidos en virtud de la vinculación y a pagar los perjuicios morales ocasionados por la omisión de información, a **COLPENSIONES** a recibirlo como afiliado y a contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS, se emitan las condenas *ultra y extra petita* y se condene por costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 22 de julio de 1958, iniciando cotizaciones al RPM administrado por el ISS desde el 19 de agosto de 1987 hasta el 27 de julio de 1999, acumulando un total de 289 semanas. Continuó punteando, que en el mes de agosto de 1999 se trasladó al RAIS administrado por **PORVENIR**, indicando que al momento del traslado los asesores de esa AFP le dieron una información general y no personalizada, sin haber puesto en su conocimiento que todo el aporte mensual no iría a su cuenta de ahorro individual, tampoco le informaron cuál régimen le convenía, ni las condiciones para pensionarse anticipadamente, el capital que debía acumular para poder adquirir el derecho pensional, ni el monto de la mesada pensional, agregando el demandante que la información brindada no fue clara y cierta respecto de los beneficios y consecuencias que conllevaba el traslado y que tampoco fue informado sobre la posibilidad de retractarse de su decisión.

Dijo que el 08 de junio de 2021, solicitó ante **PORVENIR** el traslado del RAIS al RPM, asimismo, el 10 de junio de 2021 radicó ante **COLPENSIONES** petición en igual sentido, la cual fue rechazada por ambas entidades. Para finalizar, señaló que **PORVENIR** le informó que su pensión se liquidaría en un smlmv, siendo que al hacer el cálculo de su pensión en el RPM, obtendría una pensión de \$2.143.969 (Archivo “01DemandaConAnexos”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones y negó todos los hechos de la demanda. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Archivo “13ContestacionPorvenir”).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** manifestó su oposición frente a todos y cada uno de los pedimentos del actor. Admitió como ciertos los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1.14 y 1.16, aceptando la radicación de la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan y para cimentar su defensa, invocó como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (Archivo “012ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:02:30, archivo “28AudienciaFallo”)

El 13 de marzo de 2023, el Juzgado Dieciséis (16) 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, que realizara el señor demandante, **CARLOS GILBERTO MUÑOZ CRUZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 11.516.575, y que tuvo lugar el día 28 de julio de 1999 por ante la **AFP PORVENIR** debido a la omisión por parte de esta última en el deber de información. **SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS AFP PORVENIR S.A.** a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a **COLPENSIONES**, incluyendo todos los conceptos que se refieran a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general toda suma que haya recibido, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad. **TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir los recursos condenados en el numeral anterior, y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. **QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** de la instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES incluyendo como agencias en derecho la suma de **UN CUARTO DE SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE (1/4 SMILMV)**, a cargo de cada una de ellas y en favor del demandante. Esta sentencia se notifica en estrados”.*

Para resolver, el Juez inició recordando el problema jurídico planteado en este asunto, luego continuó realizando un recuento normativo y jurisprudencial sobre el particular y realizó un análisis de las pruebas recaudadas, concluyendo que aun cuando las demandadas basaron su defensa en el formulario de afiliación firmado libremente por el demandante, sin que el mismo hay sido tachado de falso, tal documento no es suficiente para acreditar el deber de información, consistente en la ilustración sobre las características, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes, indicando que en el presente

asunto, el extremo demandado no demostró el cabal cumplimiento del deber de información en favor del demandante en julio de 1999, momento del traslado, pues en el interrogatorio de parte el demandante manifestó haber conocido ciertas características con posterioridad a dicha fecha.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando sea revocada la decisión de primera instancia, aduciendo que el afiliado se encuentra dentro de la prohibición consagrada en el art. 2 de la ley 797 de 2003, que atenta contra el principio de sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, el cual pretende evitar su descapitalización. Asimismo, solicitó revocar la condena en costas por cuanto la entidad actúa bajo la égida de la buena fe y en estricta aplicación del principio legal que le corresponde (min. 1:21:30, archivo “28AudienciaFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó mantener incólume la decisión de primera instancia y condenar en costas a la parte recurrente. Por su parte, el apoderado de **PORVENIR** pidió la revocatoria de la sentencia, para en su lugar absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

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 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 frente a que: **i) CARLOS GILBERTO MUÑOZ CRUZ** nació el 22 de julio de 1958 (Pág. 76 archivo “01DemandaConAnexos”); **ii) el DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS a partir del 19 de agosto de 1987, cotizando 85,86 semanas (Carpeta “11ContestacionColpensiones”, archivo “014HL”); **iii) el DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación No. 01214839 del 28 de julio de 1999 a **PORVENIR**, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1999, en donde acumula 1.135,7 semanas a febrero de 2022 (Pág. 76 a 98 archivo “13ContestacionPorvenir”)

- 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 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 SL2279-2021).

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 de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible las ventajas, aspectos negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó la pasiva, porque se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma de este documento la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la AFP demandada no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Lo anterior, por cuanto el **DEMANDANTE** en el interrogatorio se limitó a indicar que en el mes de julio de 1999 los asesores de **PORVENIR** hicieron una reunión general en la empresa en donde trabajaba, en la cual preguntaron si deseaban trasladarse de fondo, contando que cada asesor tenía un puesto de trabajo en donde los trabajadores debían hacer fila para firmar el formulario, documento que dijo no leyó, ni tampoco realizó ninguna pregunta al respecto pues para esa época consideraba que estaba haciendo las cosas bien y se encontraba influenciado por los rumores sobre la liquidación del Seguro Social. Igualmente, narró el **DEMANDANTE** que la información que le brindó la AFP al momento del traslado al RAIS fue muy breve, sin suministrarle alguna información adicional, pues no le explicaron sobre los requisitos para pensionarse, ni tampoco acerca de la existencia de una cuenta de ahorro individual, ni le dijeron que una proporción de sus dineros irían destinados a seguros y a gastos de administración, y si bien aceptó que desde el año 2012 se

ha venido informando sobre las características de los dos regímenes, incluso verificándose con la documental obrante en el expediente que en el año 2020 solicitó la pensión de garantía mínima (Pág. 81 a 82 archivo “01DemandaConAnexos” y Pág. 123 archivo “13ContestacionPorvenir”), lo cierto es que dichas circunstancias resultan insuficientes para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida, ni de ninguna otra prueba documental aportada, se demuestra que dicho traslado se realizó en el marco de una libertad informada; iterándose, sobre la AFP demandada se cernía esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que la demandante 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**, 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 y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral del accionante, 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.

Además, la Sala 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.

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.

Por último, 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**, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, 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. 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 tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a incorporar los valores referidos en precedencia como aportes pensionales, a reactivar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM sin solución de

continuidad y a actualizar su historia laboral, una vez reciba todos los dineros que debe reintegrar la **AFP DEMANDADA**.

TERCERO: 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.

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

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 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: CARLOS GILBERTO MUÑOZ CRUZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

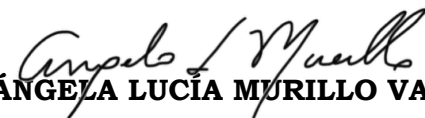
RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2021 00397 01

MAGISTRADA 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.16-2020-00462-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 demandante contra la sentencia del 13 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las demandadas y condenó en costas a la parte actora (*min. 34:17, archivo “29Audiencia2ParteFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

CLARA YANETH VILLAMIL RODRIGUEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la vinculación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS y se acepte como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, en consecuencia, se condene a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones o aportes pensionales que fueron recibidas, junto con los rendimientos

financieros y los gastos de administración, condenas por facultades ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 8 de diciembre de 1961 y se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones a través del RAIS en el septiembre de 1995; que en el año 1995 los asesores de PROTECCIÓN le ofrecieron la vinculación inicial a dicho régimen señalándole que esta era la mejor opción para ella y que era más favorable pertenecer a este régimen teniendo en cuenta que iba a tener una mejor mesada pensional que la que obtendría si se vinculaba al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que a raíz de ello, firmó con la AFP **PROTECCIÓN** el formulario de afiliación No. 377599 del 10 de agosto de 1995, sin que le dieran la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias de pertenecer a un régimen u otro; que ese formulario se diligenció como si fuera un traslado de AFP pero no como la vinculación inicial; que posteriormente realizó traslados a **SKANDIA** y **PORVENIR**, sin que esos fondos brindaran toda la información necesaria respecto de las consecuencias del traslado. Manifestó que el 08 de diciembre de 2018 cumplió los requisitos para adquirir el reconocimiento pensional y que el 31 de julio de 2020 radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la ineficacia de la afiliación, petición que fue negada (*pág. 1 a 9, archivo “01EscritoDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** 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 y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; 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; 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; traslado de aportes y la innominada o genérica (pág. 3 a 26, archivo “07ContestacionProteccion”).

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 24, archivo “08ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inoponibilidad por ser tercero de buena fe*, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica (pág. 1 a 18, archivo “13ContestaciónColpensiones”).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la accionante a esa AFP. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *la demandante antes de la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado instituto de seguros sociales*; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; 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; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; prescripción; imposibilidad de reintegrar gastos de administración; buena fe y la innominada o genérica (pág. 1 a 21, archivo “16ContestaciónSkandia”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 34:17, archivo “29Audiencia2ParteFallo”)

El 13 de marzo de 2023, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la demandante señora CLARA YANETH VILLAMIL RODRÍGUEZ. **SEGUNDO:** Se declaran probadas las excepciones de inexistencia de la obligación que alegaron las demandadas, y por el resultado de la litis, se abstiene el despacho de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos. **TERCERO:** Se condena en costas de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de \$150.000, como valor por agencias en derecho a favor de cada una de las demandadas...”*

Como fundamento de la decisión el Juez indicó que en el presente asunto la demandante no ha efectuado traslado de régimen pensional, pues la primera afiliación que tuvo al sistema pensional fue en el año 1994 al RAIS, y después vinieron traslados horizontales en el mismo régimen pensional. En tal sentido, señaló que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no procede la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, pues este nunca ocurrió. Y si bien las demandadas no demostraron el deber de información no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación pues este acto se realiza por una sola vez al sistema pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se accedan a las pretensiones de la demanda. Adujo que lo que se solicita es la declaratoria de la ineficacia del formulario de la afiliación por falta del deber de información, obligación que no fue acreditada por el fondo de pensiones. Solicita se tenga en cuenta la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, radicado 76001310501720190030801, en donde dice que menciona aspectos interesantes que se pueden aplicar al presente caso, pues existe una vinculación inicial al Sistema General de Pensiones en vigencia de la Ley 100 de 1993, porque nunca había estado en otra administradora de fondos de pensiones, pero no se le mencionó por parte del asesor la otra posibilidad de afiliarse al RPM, por lo que su afiliación inicial sí estuvo viciada pues no tuvo otra alternativa diferente a la que se le ofreció en ese momento; que no se comparte que no proceda la ineficacia por no acreditar vinculación al régimen de prima media, dado que eso daría entender que para las personas que se afilian por primera vez al sistema no existe el deber de información, aspecto que no se infiere de la normativa, en especial del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, que al declararse la ineficacia de la afiliación lo procedente es que la demandante pueda realizar nuevamente la selección de régimen al que desea afiliarse, evidenciándose que es su voluntad pertenecer al RPM (*min. 34:17, archivo “29Audiencia2ParteFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la nulidad o la ineficacia de la afiliación.

No hubo pronunciamiento de las demás partes.

Sin embargo, la apoderada general y representante legal de la firma Arango García Abogados Asociados, quien actúa como apoderada principal de **COLPENSIONES**, solicitó *“aceptar renuncia como apoderado, lo anterior teniendo en cuenta que la apoderada general y el abogado sustituto terminan su vínculo civil y comercial con la entidad demandada el día 15 de mayo, razón por la cual contractualmente no pueden ejercer la defensa de Colpensiones”*.

Al respecto, al revisar el escrito no se adosó comunicación enviada a **COLPENSIONES** sobre la renuncia que se presenta, por lo que no se cumplen los presupuestos señalados en el artículo 76 del CPG. En todo caso, se advierte que la renuncia que reúna los requisitos mínimos no requiere de pronunciamiento y aceptación judicial, puesto que los efectos son establecidos por el propio legislador.

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 vinculación que realizó la demandante al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, es válida o ineficaz por faltarse al deber de información, conforme lo alegado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) CLARA YANETH VILLAMIL RODRIGUEZ** nació el 08 de diciembre de 1961 y se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ISS, a través

de HORIZONTE hoy **PORVENIR**, a partir del 30 de agosto de 1994 (*pág. 71 y 73, archivo “08ContestacionPorvenir”*); **ii)** y realizó traslados horizontales en el RAIS inicialmente a **PROTECCIÓN** el 1° de agosto de 1995, con efectividad a partir del 1° de septiembre siguiente (*pág. 40 y 41, archivo “07ContestacionProteccion”*), luego a **SKANDIA** desde el 1° de noviembre de 1998 (*pág. 37, archivo “16ContestaciónSkandia”*) y finalmente retorno a **PORVENIR** el 1° de agosto de 1999 donde permanece actualmente (*pág. 71 y 75, archivo “08ContestacionPorvenir”*).

- Sobre la afiliación al Sistema General de Pensiones.

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 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 la afiliación al Sistema General de Pensiones, 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 escogencia del 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.

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).

CASO CONCRETO

En el presente asunto la ineficacia de la afiliación fue negada por el *a quo* bajo el argumento de que la primera y única vinculación de la demandante al Sistema General de Pensiones se hizo al RAIS en el año 1994, cuando expresó su voluntad de afiliarse a HORIZONTE, por lo que dedujo que no se puede hablar materialmente de un traslado, no siendo procedente declarar la ineficacia de la afiliación pues este acto se realiza por una sola vez al sistema pensional. La apoderada de la demandante presentó recurso de apelación aduciendo que se faltó al deber de información por parte de la AFP y que la ineficacia de la afiliación es posible en virtud de lo señalado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Pese a ello, para poder determinar si se respetó el deber de información en el caso de la vinculación de la demandante, como se reclama en la alzada, se requiere previamente establecer si esa afiliación ocurrió con ocasión de un traslado de régimen pensional o, si como lo sostuvo el *a quo*, se trató de la vinculación inicial al sistema de seguridad social, pues de eso depende las consecuencias jurídicas que comporta un desconocimiento al derecho del afiliado de seleccionar de forma libre y voluntaria los regímenes pensionales (artículo 13 Ley 100 de 1993).

En efecto, resulta necesario aclarar que la **afiliación** al Sistema General de Pensiones, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción, tal y como señala el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

Así también lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia al señalar que la afiliación al sistema de seguridad social, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo (CSJ SL rad. 39.772 de 2010).

Atendiendo los precitados antecedentes normativos y jurisprudenciales, en el caso bajo estudio **CLARA YANETH VILLAMIL RODRIGUEZ** efectuó la primera y única afiliación al Sistema General de Pensiones el 30 de agosto de 1994, a través de su vinculación con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, por lo que no queda duda alguna de que se trata de una afiliada que quedó vinculada a dicho Sistema, a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista prueba sobre un vínculo precedente.

Siendo ello así, el acto jurídico realizado por la demandante el 30 de agosto de 1994, ante HORIZONTE hoy **PORVENIR**, no comporta un traslado sino la vinculación inicial al Sistema General de Pensiones, lo que descarta las consecuencias de la ineficacia señaladas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en 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.

Teniendo claro lo anterior, en el presente asunto **CLARA YANETH VILLAMIL RODRIGUEZ** elevó la pretensión de declarar ineficaz su afiliación al RAIS por vulneración del deber de información,

aspecto reiterado en la alzada, por lo que a continuación la Sala resolverá dicho aspecto.

Conforme con la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4° del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento de la afiliación al RAIS, HORIZONTE hoy **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de la afiliación, 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 de la selección del régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio mencionó que era abogada y actualmente Fiscal pero se limitó a indicar que el asesor le dijo que era mejor afiliarse a dicho fondo y que era la mejor opción del mercado porque el ISS iba a desaparecer, 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 esa afiliación se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

En consecuencia, en principio le asistiría razón a la parte apelante, puesto que la falta al deber de información está plenamente demostrada. Sin embargo, se reitera que la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente y vitalicia del trabajador al Sistema

General de Pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), por lo que declarar su ineficacia ocasionaría la exclusión del trabajador de dicho Sistema, en los términos señalados en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Y pese a que la referida norma prevé la realización de una nueva afiliación, de forma libre y voluntaria, los efectos de la ineficacia dejarían en el limbo no solo los aportes pensionales, pues en estricto sentido conllevaría la devolución de las sumas de dinero el trabajador y al empleador, sino la protección misma que le otorga el sistema pensional, la cual en todo caso es irrenunciable.

Además, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, en un caso similar al analizado en esta instancia, estableció que la ineficacia de la afiliación al RAIS no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, dado que ordenar la afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, lo que desconocería las restricciones del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 (CSJ STL9388-2022).

Igualmente, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que *“declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema”*. Igualmente, que si la persona *“nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (...), eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema”* (SL4211-2021 y SL1806-2022, reiterada en sentencias SL SL4059-2022 y SL3624-2022).

Por tal motivo, al no existir vinculación pensional anterior a la realizada por la demandante en el RAIS y pese a que HORIZONTE hoy **PORVENIR** no cumplió con la carga de demostrar que cumplió con el deber de información, exigencia que se predica de las afiliaciones y traslados, la ineficacia de la afiliación resulta improcedente, lo que descarta los planteamientos elevados por la recurrente.

Y si lo que pretendía la demandante era trasladarse al RPM, por ser más favorable, debió ejercer dicho derecho en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del cumplimiento de los 47 años de edad.

Bajo el anterior análisis, resulta acertada la decisión adoptada por el *a quo*, motivo por el cual se dispondrá su conformación.

Sin costas en ambas instancias.

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva 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 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 CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.19-2019-00549-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 las demandadas **PORVENIR y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a favor de esta última, contra la sentencia del 07 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RMP al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a **PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración, sumas debidamente indexadas, así mismo lo que le corresponda a **PORVENIR** transferir con motivo de la ineficacia de traslado al RAIS y a **COLPENSIONES** a aceptar dicha transferencia y actualizar la historia laboral, y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. (*Min. 25:32, archivo “11VideoAudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

MARIELA DEL SOCORRO PUERTO RAMÓN llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS a través de **PROTECCIÓN**. y, en consecuencia, se establezca que continúa afiliada al RPM administrado por **COLPENSIONES**, asimismo, que se ordene a **PROTECCIÓN** devolver a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, incluidos los rendimientos que hubieren causado, y se condene en aplicación de los principios *ultra y extra petita* y costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 09 de mayo de 1961, iniciando cotizaciones al sistema pensional con destino al ISS hoy **COLPENSIONES** el 26 de marzo de 1990; que laboró con la Caja Cooperativa de Fenalco desde el 26 de marzo de 1990 hasta el 30 de octubre de 1993, tiempo en el cual se afilió y comenzó a cotizar en el ISS, así mismo, que laboró con el Fondo de Garantías desde el 10 de diciembre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1995, indicando que de acuerdo al reporte de semanas cotizadas expedido por **COLPENSIONES** cuenta con un total de 334,86 semanas en el RPM, 214,29 en otros fondos y 762,29 en **PROTECCIÓN**, para un total de 1.311 semanas. Manifestó que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al RAIS a través del Fondo de Pensiones y Cesantías COLMENA hoy **PROTECCION** desde el 01 de octubre de 1997 por medio del diligenciamiento libre y voluntario del formulario de afiliación, asegura que en este acto fue engañada y asaltada en su buena fe, toda vez que no recibió asesoría en la que se le informará

con claridad y precisión las consecuencias o riesgos del cambio de régimen, así como de las ventajas y desventajas de cada uno, omitiéndose el deber de información que la AFP tiene a su cargo. Dijo que el 19 de mayo de 2019 le manifestaron que tiene derecho a una pensión mínima de garantía ya que no reúne el capital mínimo para obtener una pensión de vejez en el RAIS, situación diferente a la que se presentaría en el RPM, toda vez que hay podría adquirir su derecho a la pensión de vejez con un monto aproximado de \$3.233.914. Por último, manifestó que radicó solicitud de nulidad de afiliación ante **COLPENSIONES** y **PROTECCION**. (pág. 5 a 18, archivo “01ExpedienteEscaneado.PDF”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Dijo ser ciertos los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 4, 10, 15, 17, 18 y parcialmente el 3 del escrito de demanda y no constarle los demás, aceptando la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación en el RPM, la prestación del servicio a favor de la Caja Cooperativa de Fenalco y del Fondo de Garantías, el traslado al RAIS y la radicación de la reclamación administrativa. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 01 a 33, archivo “05ContestaciónColpensiones”).

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición frente a todos y cada uno de los pedimentos de la actora. Admitió como cierto el hecho numerado 1 en la demanda, aceptando la fecha de nacimiento de la demandante y expresando que los demás no le constan. Para cimentar su defensa invocó como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no

debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 01 a 21, archivo “06ContestaciónPorvenir”).

En último lugar, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en igual sentido se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos 1, 5, 6, 10, y 16, admitiendo la fecha de nacimiento de la demandante, las semanas cotizadas y el capital acumulado, el traslado al RAIS y la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan 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 prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (pág. 1 a 20, archivo “07ContestaciónProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 25:32, archivo “11VideoAudienciaFallo”).

El 07 de diciembre de 2022, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARIELA DEL SOCORRO PUERTO RAMON, identificada con C.C N° 45.436.427, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A, PENSIONES y CESANTIAS, identificada con NIT 800.138.188-1, realizado el 01 de octubre de 1997, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. DECLARAR aquí válidamente vinculada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, desde el 26 de marzo de 1990 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y siempre ha permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la demandada AFP PROTECCION S.A, PENSIONES y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIELA DEL SOCORRO PUERTO RAMON, identificada con C.C N° 45.436.427, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y también lo respectivo que le corresponda a la AFP PORVENIR devolverle a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, sumas que deben ser debidamente indexadas, donde COLPENSIONES le asiste el deber o la obligación de recibir dichas sumas.

CUARTO. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores junto detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, como lo ha indicado la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su reiterada jurisprudencia. Por lo tanto, se **REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante, una vez dado el traslado.

QUINTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO. Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: si no es apelada la presente decisión, se **ORDENA** remitir el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral, para que allí se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES por la naturaleza de esta entidad...”.

Para resolver, la Juez indicó que en el interrogatorio de parte de la representante legal de **PROTECCIÓN**, si bien aseguró que los asesores estaban debidamente capacitados para efectuar esos trámites y que la demandante firmó el formulario de afiliación, que era lo que en ese momento exigía la ley, no obra la prueba de cuáles fueron las circunstancias e implicaciones del traslado y sus condiciones, ni proyección o cálculo actuarial, deduciendo que no cumplió la AFP **PROTECCION** con ese deber legal de entregar una información veraz y completa de la situación de la accionante para que ella decidiera sobre el mejor régimen para recibir su pensión. Asimismo, manifestó que **PORVENIR** se basó en el diligenciamiento del formulario de afiliación que realizó la demandante, situación en la que aun cuando se acredita el consentimiento, no sustenta la información suministrada a la accionante. En consecuencia, consideró que se faltó al deber de

información, toda vez que las AFP demandadas no cumplieron con el deber que les asistía de la carga de la prueba.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación respecto de la declaratoria de la ineficacia y de trasladar a **COLPENSIONES** los valores debidamente indexados a los que fue condenada la AFP, aduciendo que no asisten razones fácticas o jurídicas para que se declare la ineficacia de la afiliación, pues si bien es cierto que hay una línea jurisprudencial de la C.S.J, no debe aplicarse está de manera homogénea, ya que como lo manifestó la demandante su afiliación se dio de manera libre y voluntaria, toda vez que se asesoró en su momento a la demandante y se suscribió un formulario de afiliación, cumpliendo con los requisitos que se les exigía en su momento a los fondos privados, por cuanto las cargas o deberes en materia de información que tenía el fondo eran distintas a las actuales. Además, las pretensiones radican en un incumplimiento de una expectativa económica pensional y no del indebido manejo de los recursos por parte de la AFP, por lo que no hay lugar a que se condene a la entidad. Por otro lado, indicó que resultaría una doble sanción por un mismo concepto, ya que se estarían devolviendo rendimientos y las sumas indexadas, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa. (*Min. 28:12, archivo “11VideoAudienciaFallo”*).

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación respecto la declaratoria de la ineficacia y de reactivar la afiliación en el RPM, manifestó que a la demandante se le brindó una asesoría con información suficiente, por lo que no se puede predicar una falta de información cuando si la hubo. Igualmente, alega una afectación al principio de sostenibilidad financiera como consecuencia de la reactivación de la afiliación al RPM. (*Min. 35:09, archivo “11VideoAudienciaFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó la confirmación del fallo de primera instancia. De su parte, la apoderada de **COLPENSIONES**, solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

La firma **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, actuando como apoderada especial de **PORVENIR**, sustituyó poder a la doctora Paula Huertas Borda, identificada con CC No. 1.020.833.703 y T.P. No. 369.744 del C. S. de la J., que la faculta para actuar como apoderada sustituta de esa demandada, motivo por el cual se le reconoce y se le autoriza para actuar en tal calidad, quien en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, para en su lugar absolver a su representada, insistiendo en las motivaciones expuestas en la apelación invocada.

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 COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la

reactivación de la afiliación de la demandante en el RPM y de la devolución de los valores 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) MARIELA DEL SOCORRO PUERTO RAMON** nació el que nació el 09 de mayo de 1961 (*pág31 archivo “06ContestaciónPorvenir”*); **ii) la DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS a partir del 26 de marzo de 1980, cotizando 267 semanas (*pág. 19 a 22, archivo “01ExpedienteEscaneado.PDF”*); **iii) la DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS a través del Fondo de Pensiones y Cesantías COLMENA AIG hoy **PROTECCION**, mediante formulario de afiliación con radicación No. 1010300839, efectivo a partir del 01 de octubre de 1997 (*pág. 35 archivo “01ExpedienteEscaneado”, pág. 72 archivo “07ContestacionProteccion”*); **iv) la DEMANDANTE** se trasladó a HORIZONTE hoy **PORVENIR** mediante formulario de afiliación No. 687129 de fecha 28 de octubre de 1997 (*pág. 29 archivo “06ContestacionPorvenir”, pág. 72 archivo “07ContestacionProteccion”*), afiliación corregida mediante formulario de afiliación No. 99-0036384, efectivo a partir del 13 de septiembre de 1999 (*pág. 29 a 30 archivo “06ContestacionPorvenir”, pág. 72 archivo “07ContestacionProteccion”*), luego se trasladó a ING hoy **PROTECCIÓN**, efectivo a partir del 22 de enero de 2002, AFP en la cual la demandante permanece vinculada a y en donde acumula 835,86 semanas a octubre de 2020 (*Pág. 21 a 36 archivo “07ContestacionPorvenir”*) y; **v) que** radicó solicitud de nulidad de afiliación ante **COLPENSIONES** y **PROTECCION** (*pág. 55 a 67 y , archivo “01ExpedienteEscaneado.PDF”*).

- **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 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 SL2279-2021).

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 pasiva, porque se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma de estos documentos la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional, ni con posterioridad;

situación similar ocurrió con la AFP **PORVENIR** que no probó el deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

Y, la demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores comerciales de COLMENA solo le comunicaron que se podía pensionar anticipadamente y que el ISS se iba acabar, señalando que la información que le brindó la AFP al momento del traslado al RAIS fue muy breve, sin suministrarle alguna información adicional, circunstancia insuficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que tal traslado se realizó en el marco de una libertad informada, iterándose, sobre la AFP demandada se cernía esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM.

Las alegaciones de las demandadas relativas a que la **DEMANDANTE** de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, tampoco se considerarán, habida cuenta que actos como trasladarse de AFP 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. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara frente a la obligación a cargo de **PORVENIR**, se modificará el alcance de la condena disponiendo a esa AFP a devolver a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores referidos en precedencia.

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.

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 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 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 numeral tercero 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** 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 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.

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.

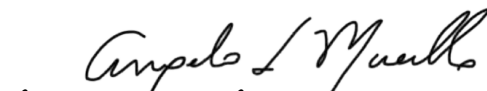
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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: MARIELA DEL SOCORRO PUERTO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2019 00549 01

MAGISTRADA 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.19-2014-00613-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 las partes contra la sentencia del 12 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a **ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** a pagar la indemnización por despido sin justa causa y costas procesales y absolvió de las demás pretensiones (*min. 01:15:12, archivo “Audiencia Art 80 CPT y de la SS proceso 11001310501920140061300_20211112_205252”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL llamó a juicio a la sociedad **ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** y solidariamente a **VIVIAN LIZBETH VEGA VANEGAS, PEDRO ELIAS VEGA VANEGAS** y **PEDRO ELIAS VEGA PATIÑO** con el fin de que se condene al pago de la indemnización por despido indirecto, horas extras, reliquidación de primas legales, indemnización por no recibir dotaciones de calzado y labor, indemnización total y ordinaria de perjuicios por culpa patronal,

sanción moratoria por la no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, indexación y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que prestó servicios a favor de la empresa demandada desde el 25 de septiembre de 2000, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de Impresor Flexográfico; que en sus funciones le correspondía levantar cilindros cuyo peso oscila entre 27 y 41 kilos; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, en concepto del 20 de septiembre de 2011, le diagnosticó la enfermedad de síndrome de manguito rotatorio como de origen profesional; en comunicación del 15 de septiembre de 2011, la ARL SURA le dirigió a la empresa recomendaciones laborales para el desempeño de su labor, entre ellas, no levantar ni transportar objetos cuyo peso sea superior a los 15 kilos y tener periodos de recuperación de tendones cada dos horas, recomendaciones que dice en la práctica no se cumplieron, por lo que la enfermedad se fue deteriorando y el dolor aumentando, y que solo hasta enero de 2014 el empleador le colocó un ayudante.

Manifestó que el 25 de mayo de 2014 renunció irrevocablemente a su trabajo con ocasión de la enfermedad que padece, la cual fue aceptada por la empresa pero no se dio respuesta; que al momento de terminarse el contrato de trabajo devengaba un salario mensual de \$1.000.000 y durante la relación laboral la empresa omitió consignar a un fondo el auxilio de cesantías; que durante el año 2012 trabajó cuatro horas extras diarias de las cuales le eran pagabas solo 3 horas y media, porque le descontaban media hora de almuerzo, y no se incluyeron en la base para liquidar prestaciones sociales; que solo en el año 2007 le entregaron dotación; y que cuando ingresó a laborar la empresa era de responsabilidad limitada pero el 31 de mayo de 2010 cambio su naturaleza a una sociedad por acciones simplificada (*fls. 250 a 260, expediente físico*).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo con el demandante, los extremos temporales, el cargo, las funciones, el dictamen de la junta, las recomendaciones médicas, la renuncia y el cambio de naturaleza de la sociedad. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas*, prescripción y buena fe (fls. 208 a 217, 263 y 264, expediente físico).

VIVIAN LIZBETH VEGA VANEGAS, PEDRO ELIAS VEGA VANEGAS y PEDRO ELIAS VEGA PATIÑO se opusieron a las pretensiones. Aceptaron la existencia del contrato de trabajo del demandante con la sociedad demandada, los extremos temporales, el cargo, las funciones, el dictamen de la junta, las recomendaciones médicas, la renuncia y el cambio de naturaleza de la sociedad. Expresaron que los demás hechos no eran ciertos y formularon las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas*, prescripción y buena fe (fls. 275 a 282, expediente físico).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:15:12, archivo “Audiencia Art 80 CPT y de la SS proceso 11001310501920140061300_20211112_205252”)

El 12 de noviembre de 2021, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: CONDENAR** a ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN EN LIQUIDACIÓN, identificada con el NIT 860.451.839-7, a pagar a favor del demandante JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL con cédula 19.134.755 la suma de \$9.444.444, por concepto de indemnización por despido sin justa causa que establece el artículo 64 del CST, indexada al momento en que se efectúe el pago. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones incoadas en su contra por el aquí demandante. **TERCERO: ABSOLVER** a los demandados solidarios VIVIAN LIZBETH VEGA VANEGAS cédula 39.695.298, PEDRO ELIAS VEGA VANEGAS de cédula 79.485.811 y PEDRO ELIAS VEGA PATIÑO de cédula 5.540.156, de las

*pretensiones incoadas por el señor JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO: DECLARAR** probada las excepciones propuestas por las demandadas, y no probadas las demás, como se indicó en la parte resolutive, especialmente la de prescripción. **QUINTO.** Las costas están a cargo de la empresa demandada, se ordena que sean tasadas por la secretaría del despacho (...)*”.

Como sustento de la decisión la Juez indicó que las horas extras no fueron acreditadas ni demostradas por el actor, por lo que no era viable la reliquidación reclamada. Sobre dotaciones, que el demandante tenía que acreditar que no le fueron entregadas y probar los perjuicios generados por la no entrega, aspectos que tampoco están justificados. Frente a las cesantías y su no consignación, precisó que el Decreto 2086 de 1967 y artículo 256 del CST consagran la viabilidad de pago parcial para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces, y en este caso cada mes de enero de 2002 hasta 2014 el demandante, previo a la consignación de las cesantías, solicitaba el retiro de las mismas a su empleador con el fin de realizar reparaciones de su inmueble o mejoras de vivienda, aspecto que fue corroborado por el actor en el interrogatorio, y la demandada solicitó la autorización correspondiente al Ministerio de Trabajo para realizar los pagos directamente al trabajador por cesantías del año 2002 a 2010. Además, que dicha exigencia fue eliminada por el artículo 21 de Ley 1429 de 2010, por lo que encontró justificado que después de esa fecha la demandada no haya solicitado la referida autorización. En cuanto a la destinación de los dineros, del interrogatorio dedujo que el demandante conocía los requisitos que tenía que cumplir para el retiro parcial de las cesantías, por lo que tampoco era procedente condena por este concepto.

Respecto de la sanción por no consignación de cesantías señaló que no hubo mala fe del empleador, quien cumplió cabalmente la obligación entregando las cesantías directamente al trabajador y consignando a un fondo las de los años 2012 y 2013. Frente a la estabilidad laboral reforzada, conforme con el dictamen decretado de oficio se estableció que el demandante cuenta con una PCL del 20.50%, por patologías estructuradas después del fenecimiento del vínculo

laboral, y pese a estar acreditado que el demandante venía con un cuadro clínico de trastorno de disco lumbar por la cual le remitieron recomendaciones médicas por parte de la ARL Sura el 27 de julio de 2006, 15 de septiembre de 2011 y 21 de octubre de 2013, no se encuentra dentro de los presupuestos facticos que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues en este caso no hubo despido del empleador sino renuncia del señor OLAYA.

En relación con el despido indirecto estableció que la carta de renuncia presenta el 25 de mayo de 2014 cumple los presupuestos de despido, pues la manifestación se dio con ocasión de una enfermedad que padece, que no tiene mejoría debido a los movimientos bruscos que debe realizar, lo que guarda coincidencia con las recomendaciones emitidas por la ARL y FAMISANAR EPS, recomendaciones que la demandada no logró acreditar el cumplimiento de estas, fundamentado además en los testimonios de Edgar Rafael Solano y Ángela Patricia Aguilar Mendoza, por lo que ordenó el pago de la indemnización por despido en la suma de \$9.444.444.

En cuanto a la culpa patronal e indemnización plena y total de perjuicios, advirtió que debe estar demostrada la culpa suficiente del empleador, y dijo que en este caso no se acreditó la totalidad de elementos fundantes de la responsabilidad civil, dado que conforme con el dictamen de PCL de la Junta Regional de fecha el 20 de octubre de 2011 se calificó la patología como síndrome de manguito rotatorio como de origen profesional, pero ya se había emitido un dictamen interdisciplinario de la EPS FAMISANAR el 2006, donde se señaló que era de origen común, y para dirimir esa controversia se decretó dictamen de oficio donde solo se puede establecer que el demandante cuenta con una PCL del 20.50%, por patologías estructuradas después del fenecimiento del vínculo laboral, pero no el origen de la enfermedad, por lo que pese a existir el daño no se mostró la conducta culposa del empleador y su causalidad.

Afirmó que tampoco procede la indemnización moratoria y respecto de la solidaridad de los demandados, que la empresa cambió su naturaleza jurídica a Sociedad por Acciones Simplificada, siendo el único empleador del demandante y no las personas naturales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación. Adujo que la ley le exige al empleador el control de la cesantías pagadas de forma directa y si bien el demandante señaló en el interrogatorio que le pagaron algunas cesantías de forma directa y que hizo unas solicitudes, no puede constituir confesión, pues después del año 2010 ese control se hace más exigente, y en este caso no está acreditado el seguimiento del empleador para verificar la destinación de esos dineros, teniendo la carga de la prueba, y que por tanto los pagos que se hicieron se deben perder. En relación con la indemnización total de perjuicios, expresó que el despacho no le dio el valor probatorio a los dictámenes médicos que aparecen en el expediente, concepto de la EPS del 11 de julio de 2006, y que el realizado por la Junta no se puede tener en cuenta de forma completa porque no se pudo realizar el análisis del puesto de trabajo dado que la empresa estaba cerrada; que demostrado el daño la carga de la prueba le corresponde al empleador quien no hizo nada para exonerarse de esa pretensión, no se conoció las actas del COPASO, no se sabe que hicieron en relación con la enfermedad del demandante, los testigos dijeron que el demandante luego de las recomendaciones continuó realizando las tareas y la empresa no hizo nada para evitar que la enfermedad del demandante se acrecentara y terminara con una cirugía de columna vertebral.

Sobre la indemnización moratoria, que una vez al estar demostrada que las cesantías fueron pagadas de forma irregular, se debe entrar a analizar la mala fe de la empresa y conociendo que el trabajador estaba enfermo, el empleador no hizo nada, por lo que se debe aplicar dicha sanción, además derivada del no pago de las

dotaciones, las cuales debió acreditar el demandado. Finalmente, respecto de la solidaridad, insistió que el contrato inicial del demandante se hizo con una sociedad de responsabilidad limitada y cuando se cambió a SAS no se firmó un nuevo contrato, por lo que considera que los socios siguen respondiendo de forma solidaria (*min. 01:17:40, archivo “Audiencia Art 80 CPT y de la SS proceso 11001310501920140061300_20211112_205252”*).

El apoderado de **ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la condena por indemnización por despido sin justa causa. Afirmó que conforme con la carta de renuncia, el trabajador puso fin al contrato por el estado de salud en que se encontraba, pero en ningún momento dice que esa situación es por la decisión o actuación de la empresa demandada, además no le está imputando una responsabilidad al empleador por las situaciones de salud, y el despacho no señaló en cuáles de las causales del artículo 62 del CST estaba tipificada esa decisión, por lo que se violenta el parágrafo del artículo 62 del CST. Igualmente, que la decisión se basó en dos testimonios, cuando la primera de ellas dijo que había trabajado con el demandante hasta el año 2012, por lo que no podía ser fundamento probatorio, y el otro testimonio fue tachado y no indicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron esas supuestas circunstancias en que el trabajador estaba prestando el servicio. (*min. 01:27:45, archivo “Audiencia Art 80 CPT y de la SS proceso 11001310501920140061300_20211112_205252”*).

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 empresa demandada solicitó revocar la condena, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

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 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala establecer si se configuró el despido indirecto; si le asiste derecho al demandante a la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, la procedencia de sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, la indemnización moratoria, la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal y, en caso de alguna condena, la responsabilidad solidaria de los socios demandados, 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 **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** y la demandada **ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 25 de septiembre de 2000, desempeñando el cargo de *impresor (fls. 83, 91, 123 y 218, expediente físico)*; **ii)** en comunicación del 25 de mayo de 2014 el demandante dio por terminado el contrato de trabajo, por renuncia, siendo su último día laborado el 25 de junio de 2014 (*fls. 83, 91 y 218, expediente físico*).

- Sobre el despido indirecto y la renuncia.

El artículo 62 del 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. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de ha reiterado que la indemnización por despido indirecto opera cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que dan lugar a la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente su ocurrencia. (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL1082-2020).

Adicionalmente, la misma Corporación ha precisado que 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.

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia condenó a la parte pasiva al pago de la indemnización por despido indirecto.

Para resolver el recurso de apelación en este aspecto, y una vez revisadas las pruebas del expediente, la Sala no encuentra acreditado que el demandante hubiere presentado renuncia exponiendo los hechos y razones que darían lugar a la configuración de una justa causa, por lo que al contenido de dicho documento no se le puede dar un alcance diferente como erróneamente lo estableció el *a quo*.

El escrito de renuncia presentado por **JOSÉ EDGAR OLAYA ÁNGEL**, de fecha 25 de mayo de 2014, recibido el 25 de junio siguiente (fl. 219, expediente físico) fue redactado de la siguiente manera:

“Yo, José Edgar Olaya Ángel, identificado con C.C. 19.134.755 me dirijo a ustedes con el fin de presentar mi renuncia irrevocable a partir de la fecha, al cargo que actualmente vengo desempeñando en esta empresa, la anterior decisión se ocasiona por una enfermedad que padezco, dado que es en la columna vertebral ya no tengo mejoría debido a los movimientos bruscos que debo realizar”.

De dicho documento se advierte que el actor en ningún momento manifestó que la terminación obedecía a conductas imputables a la empresa, a omisiones realizadas durante la prestación del servicio, a incumplimientos de las obligaciones del empleador o que fuera precedido de alguna presión o causas subjetivas provenientes de los representantes de la sociedad demandada, o que la misma se generara a raíz de algún vicio del consentimiento, pues no hay elemento persuasivo que permita identificar que fue compelido, obligado, forzado o amenazado a presentar la renuncia.

Se advierte que, 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.

Además, respecto de la indemnización por despido indirecto, se reitera que en virtud del artículo 62 del CST, le correspondía a la parte actora demostrar las causas imputables al empleador como justificativas del rompimiento del vínculo contractual pero únicamente aquellas manifestadas para el momento de la extinción del vínculo, pues en virtud del Parágrafo de la citada norma, no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En este caso, la razón de la extinción del contrato de trabajo obedeció a la voluntad pura y simple del trabajador manifestada en la comunicación del 25 de mayo de 2014, sin que sea posible alegar motivos distintos a los contenidos inicialmente en el referido escrito. Por tal razón, resulta imposible concluir que se configuró la existencia de una justa causa imputable al empleador para la terminación del contrato, lo que excluye la posibilidad de estudiar el eventual derecho al pago de la indemnización reclamada, motivo suficiente para revocar esta condena.

- **Sobre la sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria**

Según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 le corresponde al empleador consignar el auxilio de cesantías a un fondo a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al de su causación. A su vez, 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. Por su parte, el inciso 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que cuando el empleador no consigne las cesantías aun fondo de pensiones en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, 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 SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

Por su parte, el inciso 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece que cuando el empleador no consigne las cesantías a un

fondo en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial (SL403-2013 SL4260-2020, SL417-2021, entre otras).

Pese a ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 256 del CST, modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965, otorga la posibilidad de exigir el pago parcial del auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos, previa aprobación del respectivo inspector del trabajo, o, en su defecto, por el alcalde municipal, con la demostración de que van a ser dedicados a los fines indicados en dichos numerales. La previa autorización de autoridad administrativa fue eliminada a partir del 29 de diciembre de 2010, en virtud de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 1429 del mismo año. Igualmente, dicha Ley limitó el pago parcial de cesantías realizada por empleadores únicamente a aquellos trabajadores que pertenezcan al régimen tradicional de cesantías.

Del mismo modo, el Decreto 2076 de 1967, que reglamentó el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965, estableció que el anticipo de cesantía solo sería válido para los empleadores en cuanto el trabajador los haya aplicado a los fines previstos en la Ley. No obstante, esta regla de validación fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 18 de diciembre de 1987, Expediente No. 2102, al advertir que no era posible que el reglamento contuviera reglas que sólo puede dictar el legislador.

Siendo ello así, en el plenario está acreditado que **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** solicitó a su empleador el pago parcial de las cesantías

causadas durante los años 2001, 2002, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 con el fin de realizar mejoras locativas a su vivienda (*fls. 225, 226, 228, 230, 232, 234, 236, 238 y 240, expediente físico*). Con ocasión de esas peticiones, el empleador pidió la correspondiente autorización de pago parcial al Ministerio de Trabajo quien dio aprobación a las mismas (*fls. 227, 229, 231, 233, 235, 237, 239, 241 y reversos, expediente físico*), con lo cual se cumplió a cabalidad el trámite ordenado por el legislador.

Y si bien no hay constancia del seguimiento que haya realizado el empleador para validar que los dineros entregados al trabajador se hayan destinado para las mejoras de vivienda, como lo sostiene el recurrente en la alzada, dicho aspecto en nada afecta el pago parcial ni configura la sanción establecida en el artículo 254 del CTS, puesto que no hace parte del procedimiento antes citado.

Por tanto, la omisión o no del trabajador en el correcto uso de estos dineros no invalida los pagos y no puede servir de fundamento para que se estructure la pérdida del derecho.

Ahora, para las cesantías causadas en los años 2000 y 2003 no hay constancia de que el trabajador haya solicitado el retiro parcial y tampoco aparece acreditado la consignación en el respectivo fondo. Para las cesantías de los años 2010 y 2011 el actor solicitó el pago parcial al empleador (*fls. 242 a 244, expediente físico*). Sin embargo, al estar vigente la modificación introducida por la Ley 1429 de 2010 y al pertenecer **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** al régimen de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990, debió el empleador consignarlos en el fondo correspondiente. Respecto de los años 2012 y 2013 las cesantías fueron consignadas oportunamente a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. (*fls. 324 y 325, expediente físico*), y las generadas de forma proporcional en el año 2014 fueron pagadas con la liquidación final del contrato de trabajo (*fl. 218, expediente físico*)

Pues bien, el análisis de estos supuestos indica que, para las cesantías de los años 2000, 2003, 2010 y 2011 los pagos realizados directamente al trabajador son irregulares pues no cumplen los postulados del artículo 254 del CTS, por lo que se entienden por no cancelados, en cumplimiento de la misma normatividad, lo que en principio conllevaría como sanción condenar a la empresa a pagar estos emolumentos.

Sin embargo, es necesario aclarar que este pago no hace parte de las pretensiones de la demanda. Si bien aparece relacionada en el poder, la misma no fue incluida ni en el escrito inicial (*fls. 3 a 13, expediente físico*), tampoco en la subsanación ni en la reforma de la demanda (*fls. 250 a 260, expediente físico*), únicamente se reclama por este concepto la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo. Y las condenas por facultades extra y ultra *petita* únicamente radican en los jueces laborales de primera y única instancia y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados (CSJ SL5863-2014, SL2808-2018, SL3850-2020 y SL2510-2021).

En este caso, la sanción prevista en el artículo 254 del CST y el procedimiento utilizado para el pago de las cesantías no hace parte de un derecho mínimo e irrenunciable del trabajador, lo que impide a la Sala emitir condena por este concepto.

Ahora, respecto de la sanción por no consignación de cesantías a un Fondo tampoco procede puesto que no resulta procedente volver a gravar al demandado con una sanción cuando su conducta ya fue castigada con la condena por concepto de cesantías y que se traduce en el *pago doble* de éstas. Se reitera que el presente asunto procedía el pago de la sanción del artículo 254 del CTS, solo que por las vicisitudes antes explicadas no se ordena su pago, por lo que no es

posible impartir condena por la sanción prevista en el inciso 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En gracia de discusión, además de que no está probada la mala fe del empleador, una condena por este concepto respecto de las cesantías de los años 2000, 2003 y 2010 estaría cobijada por el fenómeno jurídico de la prescripción. En efecto, aunque en las cesantías el término de prescripción inicia a la terminación del contrato (SL4260 de 2020 y SL4345 de 2020), para el caso de esta sanción se aplica la regla general prevista en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, esto es, prescripción de tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Luego, al causarse esta sanción a partir del 15 de febrero de 2001, 15 de febrero de 2004 y 15 de febrero de 2011, por la no consignación de las cesantías causadas durante los años 2000, 2003 y 2010, respectivamente, el término trienal se encuentra superado con creces, puesto que la demanda se radicó en la oficina judicial el 26 de agosto de 2014 (*fl. 1, expediente físico*).

Y respecto de la sanción por no consignación de cesantías del año 2011 la misma se causó a partir 15 de febrero de 2012, pero como se indicó ésta no opera de forma automática, sino que requiere de la concurrencia de ciertos aspectos que demuestren la mala del empresario. Y precisamente este punto de controversia no aparece reflejado con claridad ya que el empleador para este año realizó el mismo procedimiento que venía aplicando desde el año 2001 pagando las sumas directamente al trabajador y las cesantías causadas en los años posteriores si fueron puestas a disposición del fondo de cesantías, sin que este comportamiento constituya una afrenta de los derechos laborales del empleado.

Por consiguiente, se confirmará la absolución de la pretensión relacionada con la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, pero atendiendo el análisis efectuado en esta providencia.

Respecto de la indemnización moratoria, a voces del artículo 65 del CST procede cuando se incumple el pago oportuno de salarios y prestaciones sociales a la finalización del vínculo contractual. En el presente asunto se reclama el pago de esta pretensión por la no cancelación de las demás prestaciones diferentes a las cesantías.

Pues bien, condena por salarios y prestaciones sociales no se impartieron en este juicio y los dineros generados con ocasión de la liquidación final del contrato de trabajo, que finalizó el 25 de junio de 2014, fueron recibidos directamente por el trabajador el 7 de julio de 2014 (fls. 43 y 44, *expediente físico*), es decir, 12 días después del retiro de la empresa, término razonable, por lo que tampoco se configura la prosperidad de esta pretensión.

Y pese a que se mencionó que hubo mala fe por la no entrega de dotaciones, esta prestación no hace parte de las contenidas en el artículo 65 del CTS y en todo caso su prosperidad debe analizarse de forma independiente, pero la Sala se releva de su estudio al no ser objeto de alzada. Aunque conviene precisar que el reconocimiento de dotaciones no es procedente a la finalización del contrato, sólo puede reclamarse el pago de una indemnización por la falta de su entrega (CSJ SL2409-2019, SL3114-2020, SL SL044-2021, entre otras), y en este asunto no se probó dicho perjuicio.

- **Sobre la responsabilidad por culpa patronal**

El artículo 56 del CST consagró la obligación del empleador de brindar protección y seguridad a sus trabajadores. El artículo 57 *ibídem*, obliga a todo empleador a poner a disposición de sus trabajadores los instrumentos adecuados para realizar las labores y procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales, para así garantizar razonablemente la seguridad y salud de los trabajadores.

Las anteriores obligaciones concuerdan con el artículo 348 del CST, al disponer que todo empleador y empresa están obligados a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de sus trabajadores, así como practicar los exámenes médicos a su personal y adoptar las medidas de higiene y seguridad indispensables para proteger la vida, salud y moralidad de sus trabajadores.

Así, por mandato legal, el empleador tiene la obligación de garantizar y procurar la seguridad y salud de sus trabajadores, motivo por el cual el artículo 216 del CST señala que, de existir culpa suficientemente probada del empleador, en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional de su trabajador, será entonces el empleador obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Sobre la naturaleza y alcance de la precitada responsabilidad por “*culpa patronal*”, la H. CSJ diferencia la responsabilidad objetiva de las ARL de reconocer las prestaciones del Sistema de Riesgos Laborales, de la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios, consagrada en el artículo 216 del CST, por la cual el empleador debe resarcir, de forma plena e integral, todos los perjuicios sufridos por el trabajador por la materialización de un riesgo laboral, siempre y cuando medie culpa del empleador, suficientemente probada, en la ocurrencia del daño, sentencias SL Rad 39.446 del 14 de agosto de 2012, SL6497-2015, SL16792 de 2015, entre otras.

La misma Corporación ha señalado que la responsabilidad por culpa patronal surge solo si se acredita: i) la culpa leve del empleador o, en casos excepcionales, su culpa grave ante casos de riesgo excepcional, por negligencia, imprudencia o impericia, en la materialización de los riesgos genéricos y específicos que dan lugar al accidente de trabajo o enfermedad profesional; ii) el daño cierto, cuantificable y antijurídico del trabajador, generado por causa o con ocasión del trabajo; iii) el nexo de causalidad entre el daño y la culpa

probada del empleador. Dichos requisitos han sido reiterados en las sentencias SL6497 de 2015, SL4794-2018, SL1361-2019, entre otras.

Respecto la carga de la prueba, la H. CSJ señala que corresponde al demandante acreditar la culpa del empleador por incumplir la obligación de protección y cuidado de sus trabajadores, mientras que el demandado tiene la carga de demostrar el cumplimiento diligente y cuidadoso de dicha obligación para exonerarse de responsabilidad, conforme los artículos 1604 y 1757 del CC y 167 del CGP. La precitada regla jurisprudencial ha sido reiterada en providencias SL14420-2014, SL4913 de 2018, SL261 de 2019, SL2845 de 2019, SL2336 de 2020, SL5154 de 2020, entre otras.

De forma excepcional, cuando el demandante alega que la culpa del empleador deriva de negligencia u omisión, se traslada al demandado la carga de demostrar que adoptó medidas pertinentes para proteger la salud y la integridad física del trabajador, tal como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL13653 de 2015, SL10194 de 2017, SL5154 de 2020, SL1900 de 2021, entre otras.

Así, con apoyo en los precedentes reseñados, el solo incumplimiento en la diligencia del cuidado ordinario o mediano genera la responsabilidad del empleador y su obligación de indemnizar los perjuicios acaecidos al trabajador.

CASO CONCRETO

La parte de demandante se duele que el juzgado de instancia no le dio el valor probatorio a los dictámenes médicos que aparecen en el expediente y que la carga de la prueba en estos casos le corresponde al empleador.

En esa medida, se advierte que en el proceso se encuentra acreditado que el 11 de julio de 2006 FAMISANAR EPS le calificó al demandante las enfermedades de *disco patia multinivel* y *dolor lumbar*

secundario como de origen común agravada por el trabajo (*fls. 20 a 23, expediente físico*). A su vez, en dictamen del 4 de noviembre de 2010, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca consideró que la patología diagnosticada como *trastorno de disco lumbar y otros – con radiculopatía* es de origen enfermedad común (*fls. 24 a 28, expediente físico*).

Posteriormente, el 03 de diciembre de 2010, EPS FAMISANAR calificó la PCL de **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** y determinó que la *epicondilitis medial bilateral, epicondilitis lateral bilateral y la tenosinosis de flexoextensores antebrazo y puño bilateral* son de origen profesional y establece recomendaciones laborales de carácter permanente (*fls. 142 a 145 a 28, expediente físico*), origen confirmado en dictamen del día 20 de octubre de 2011 por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca donde valoró el diagnóstico que sufre **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** denominado *SINDROME DE MANGUITO ROTARIO* y concluyó que es una enfermedad de origen profesional (*fls. 16 a 19, expediente físico*).

En este último dictamen se especificó que el trabajador, en el cargo de impresor realizaba, entre otras, las siguientes funciones:

- a. Montajes de rodillos, cilindros y plantillas
- b. Cambio de tintas y alistamiento de las cubetas necesarias con los colores.
- c. Retirar y sustituir el rollo del material impreso.
- d. Detener la máquina y cortar con cuchillo.

Y con ocasión de un dictamen decretado de oficio por parte del Juez *a quo*, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, el 05 de abril de 2019, estableció que el trastorno de disco lumbar con radiculopatía le genera al accionante una PCL del 20.50%, sin determinar el origen dado que no se aportó el análisis de puesto de trabajo (*fls. 16 a 19, expediente físico*).

Bajo este escenario, es evidente que a **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** lo aquejan patologías degenerativas ubicadas en su zona lumbar y en sus antebrazos. No obstante, tan solo la de los antebrazos son consideradas de origen profesional.

En este caso y pese al esfuerzo argumentativo de la parte demandante, las enfermedades relacionadas con *trastorno de disco lumbar y otros – con radiculopatía* han sido calificadas como de origen común agravadas por el trabajo, el 11 de julio de 2006, 4 de noviembre de 2010 y 03 de diciembre de 2010, dictámenes que se encuentran en firme y no son objeto de nulidad o modificación en este juicio.

Y si bien no desconoce la Sala la obligación que tiene el empleador de diseñar y ejecutar programas para la prevención detección y control de enfermedades relacionadas o agravadas por el trabajo (*núm. 11, artículo 10 Resolución 1016 de 1989*), estas patologías, por su origen, no se encuadran en los supuestos del artículo 216 del CST, motivo por el cual para estos efectos la Sala se releva de su estudio.

Así las cosas, el análisis de esta pretensión se centrará exclusivamente en las enfermedades denominadas *epicondilitis medial bilateral, epicondilitis lateral bilateral y la tenosinotisis de flexoextensores antebrazo y puño bilateral y síndrome de manguito rotario* calificadas como de origen profesional.

Demostrada la existencia de la enfermedad profesional y el daño a la salud del trabajador, la parte demandante aduce que existió culpa del empleador en la ocurrencia de dichas enfermedades, de acuerdo con lo narrado en los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, aspectos que fueron reiterados por el actor en el interrogatorio (*min. 32:38, archivo “Audiencia Art 80 CPT y de la SS proceso 11001310501920140061300”*).

Así las cosas, le correspondía a la parte demandada **ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** acreditar su conducta diligente, aportando las pruebas pertinentes y conducentes a fin de determinar que adoptó medidas preventivas de protección y seguridad tendientes a proteger la integridad de su trabajador y evitarle un daño o menoscabo en la salud.

Con todo, la parte actora aportó con el escrito inicial comunicación del 15 de septiembre de 2011 que da cuenta que la ARL SURA le presentó al empleador las recomendaciones a tener en cuenta para el desempeño laboral del trabajador, con ocasión de la enfermedad calificada como de origen profesional (*fls. 66 y 67*). En efecto, allí se lee lo siguiente:

- 1. Permitir levantar y transportar objetos hasta 15 kilogramos; de forma bimanual (levantar objetos utilizando las dos manos).*
- 2. Continuar con la ejecución del esquema de rotación de tareas como alistar la máquina, retirar/bajar rollos, operar la máquina, durante las cuales se le permita al trabajador la variedad de actividades y periodos de recuperación tendinosa no mayores a 2 horas de trabajo continuo.*
- 3. Iniciar con la ejecución permanente de los ejercicios de pausas activas por cada 2 horas de trabajo continuo durante 5 minutos.*
- 4. Aplicar plan casero enseñado por los especialistas para controlar sintomatología (dolor e inflamación).*
- 5. Utilizar las férulas en periodos de inactividad y nocturnos, es importante recordar que no deben de ser utilizados durante las actividades del trabajo...*

ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, en escrito del 19 de septiembre de

2011, (fls. 65), le informó a **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** las recomendaciones emitidas por la ARL y le advirtió que:

6. *Para levantar objetos debe utilizar las dos manos.*
7. *No debe levantar solo objetos con peso superior a 15 Kgs. En caso de pesos superiores debe solicitar al supervisor (Omar Monroy) o jefe de turno (Franky Parra o Jonathan Varela).*
8. *Durante todo el transcurso de su turno debe hacer ejercicios de pausas activas durante 15 minutos por cada dos (12) horas de trabajo continuo. Estas pausas y los horarios en que los efectúa **deben quedar registrados en las ordenes de producción**... (sic) Resaltado por la Sala.*

Además, reposa en el plenario que el 09 de marzo de 2012 la empresa llamó a descargos al demandante por incumplimiento a las recomendaciones otorgadas por la ARL (fls. 86 y 87). Posteriormente, el 10 de septiembre de 2012 el actor rindió descargos por incumplimiento de funciones y con ocasión de esta última diligencia el empleador aplicó sanción disciplinaria consistente en 6 días de suspensión (fls. 84, 85, 88 y 89).

Por su parte, la empresa demandada en la contestación allegó las recomendaciones dadas al trabajador en el año 2011 (fls. 220 a 223) y copia de un escrito radicado en la ARL SURA donde solicitó la confirmación de la vigencia de las recomendaciones e informó que el trabajador indicó verbalmente que no podía levantar ningún peso y se rehúsa a avisarle a alguien cuando tenga que hacerlo.

Pese a lo anterior, el empleador no adosó al expediente pruebas adicionales que acrediten la debida diligencia y que hubiera desplegado medidas preventivas y de protección, en la actividad específica que realizaba el demandante. Recuérdese que **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** al desempeñar el cargo de impresor estaba expuesto a “*movimientos repetitivos, con posturas por fuera de los ángulos de confort postural... a alta carga física para miembros superiores por un*

tiempo suficiente para generar las patologías”, según dictamen emitido por FAMISANAR EPS (fls. 144), por lo que resultaba relevante estos medios de persuasión para determinar el grado de cumplimiento del empresario en brindar protección y seguridad a sus trabajadores, en especial al actor.

Extraña la Sala que ninguna constancia de capacitaciones, inducciones e información sobre riesgos específicos en la labor hubieran sido aportados, ni siquiera se arrimó prueba de que al actor se le hubieran suministrado implementos personales para el manejo o manipulación de peso o que por lo menos se realizaran inspecciones de prevención o revisión sobre el estado en que se encontraban los implementos a usar con el fin de prevenir riesgos. Tampoco los seguimientos realizados a las enfermedades del actor en el marco del Programa de Salud Ocupacional, hoy Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, y no se incorporó las ordenes de producción donde quedaron consignadas las pausas activas realizadas por el trabajador, con ocasión de la instrucción impartida en comunicación del 19 de septiembre de 2011 (fls. 222). Menos aún hay prueba del esquema de rotación de actividades ordenado por la ARL y de acompañamiento de personal de apoyo para levantar objetos superiores a 15 Kgs.

Y a pesar de que al actor se llamó a descargos por no solicitar apoyo para mover los rollos y por no registrar los tiempos empleados para los ejercicios de pausas activas, (fls. 87 y 88), esa actuación solo da cuenta del seguimiento realizado a la labor del demandante para los meses de febrero y marzo de 2012, pero no por los demás periodos. También el hecho de que el trabajador llevara varios meses con las recomendaciones laborales y la empresa haya solicitado confirmación de su vigencia a la ARL, no limitaban ni impedían que el empleador aplicara los seguimientos correspondientes pues se trata de diagnósticos de carácter degenerativo, cuyos cuidados en la prestación del servicio revisten el carácter de permanentes (fls. 78, 144 y 145).

Se resalta que para el momento de la calificación del síndrome de manguito rotatorio como de origen profesional (20 de octubre de 2011, fls. 15 a 19), **JOSE EDGAR OLAYA ÁNGEL** llevaba 11 años al servicio de **ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** y los síntomas de este padecimiento se remontan tan solo al año 2010 (fls. 17 y 143). Luego hay plena certeza de la relación de causalidad entre la prestación del servicio como impresor y la aparición de la enfermedad profesional.

De suerte que con estas pruebas no se puede entender por demostrado el actuar diligente de la demandada para precaver o evitar poner en riesgo la salud e integridad del demandante. Por ello, la única conclusión posible en el caso bajo estudio es que **ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, incurrió en la culpa patronal que se le endilga.

Definida la culpa del empleador, pasa la Sala a estudiar los perjuicios que se derivan de la misma y si estos se encuentran acreditados.

Al respecto, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando no se tiene certeza o no se conoce la pérdida de la capacidad laboral del trabajador generada por la enfermedad profesional o cuando es calificada en un 0 % no procede el pago de perjuicios materiales (SL7513-2016 y SL4665-2018). Igualmente, que los perjuicios morales al ser proporcionales al daño sufrido por el extrabajador, debe hacerse con base en el monto de la pérdida de capacidad laboral (SL7513-2016).

En el presente asunto, los dictámenes aportados al expediente expedidos el 03 de diciembre de 2010 por parte de EPS FAMISANAR (fls. 142 a 145, expediente físico) y 20 de octubre de 2011 por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca (fls. 16 a 19, expediente físico), únicamente dan cuenta que las enfermedades *epicondilitis medial bilateral*, *epicondilitis lateral*

bilateral y la tenosinotitis de flexoextensores antebrazo y puño bilateral y síndrome de manguito rotario son de origen profesional pero no establecen porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Por tanto, al no tenerse certeza de la capacidad laboral perdida por el trabajador al momento de terminarse el vínculo contractual y al no existir acreditado perjuicio material no procede condena alguna por este concepto.

Y respecto de los perjuicios morales, si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que para su tasación el precio del dolor queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1 y 5 de la Constitución Política (CSJ SL4665-2018, SL546-2021), en este caso la parte actora no probó cuál fue el daño causado por la enfermedad profesional que padece, que actividades de la vida cotidiana se vieron afectadas, que impacto generó en su entorno familiar dicho padecimiento, si la enfermedad le privó de disfrutar la vida en igualdad de condiciones con las demás personas, si afectó el desarrollo de su proyecto de vida, si requiere de tratamiento continuo para soportar el dolor generado, si lo obliga a asistir a controles periódicos y permanentes con el médico tratante, aspectos que no se pueden inferir ni de los documentos aportados y menos de la prueba testimonial recaudada.

Por tal motivo, al no demostrarse el daño moral reclamado no le camino diferente a la Sala que absolver a la demandada de esta pretensión.

Finalmente, al no existir condena alguna, la Sala se releva del estudio de la responsabilidad solidaria reclamada, y revocará la condena de costas impartida en la primera instancia.

Sin costas en las instancias.

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 el ordinal primero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la demandada **ARTEFACTOS DE BOMBEO E INNOVACIONES S.A.S. ABOMIN S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** de la indemnización por despido indirecto, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia instancia y, en su lugar, no imponer costas en primera instancia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.19-2019-00661-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 del demandante **JOSE VITERBO SANCHEZ JIMENEZ** contra la sentencia del 12 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 01:27:32, archivo “12VideoAudienciaArt77y80”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JOSE VITERBO SANCHEZ JIMENEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se reconozca el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo (art. 21 Acuerdo 049 de 1990), indexación, intereses moratorios y condenas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que mediante Resolución 5598 de 17 de marzo de 2004 el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de junio de 2004, en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990; que luego de 45 años

de convivencia, el 17 de diciembre de 2005 contrajo matrimonio por el rito católico con EMELINA SABOGAL GONZALEZ, quien no labora, no posee renta y depende económicamente de él; que el 07 de febrero de 2019 presentó reclamación administrativa, respondida de manera negativa (pág. 5 a 11 y 71 a 77, archivo “02Expediente”).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLEPNSIONES** contestó la demanda en audiencia pública ante el Juzgado Sexto (6°) de Pequeñas Causas Laborales, el 30 de agosto de 2019, oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones y formuló entre otras, la excepción previa de falta de competencia, la cual se declaró probada en el mismo acto (pág. 63 y 64, archivo “02Expediente”), correspondiendo el conocimiento de la acción al Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá (archivo “03ActaReparto”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:27:32, archivo “12VideoAudienciaArt77y80”)

El 12 de diciembre de 2022, el Juzgado Diecinueve (19) 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 por el señor JOSE VITERBO SANCHEZ JIMENEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones ya expuestas en la parte motiva. SEGUNDO: Sin costas en la instancia. TERCERO: Si no es apelado este fallo, remítase en grado jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá, toda vez que son adversa la decisión al aquí demandante, conforme la facultad del artículo 69 del CPTSS (...).”

Como sustento de su decisión la Juez indicó que el demandante no tiene derecho a percibir el incremento por persona a cargo dado que, conforme con la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019, estos sufrieron derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de

1994, es decir, no se encuentran vigentes desde que entró a regir la Ley 100 de 1993 y solo es posible su reconocimiento para aquellas personas que se pensionaron o causaron el derecho con anterioridad a dicha vigencia y en el caso del actor la pensión se causó después del año 1994.

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, la firma de abogados TABOR ASESORES LEGALES SAS allegó documental que la faculta para actuar como apoderada de la demandada COLPENSIONES, poder que sustituyó al doctor Giovanni Alexis Grego Cardona, identificado con C.C. No. 1.053.826.799 y T.P. No. 302.837 del CSJ, a quien se le reconoce dicha calidad, y en el escrito de alegatos, pese a que la decisión de primera instancia le fue favorable, solicitó la revocatoria de la sentencia al no ser procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales.

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 le asiste derecho o no al demandante al reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES** mediante Resolución 5598 del 17 de marzo de 2004 reconoció pensión de jubilación al demandante **JOSE VITERBO SANCHEZ JIMENEZ** a partir del 1° de junio de 2004, conforme Ley 33 de 1985 (*pág. 12 a 14, archivo “02Expediente”*); **ii)** el 20 de febrero de 2019 el demandante reclamó a la demandada el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo (*pág. 25 a 27, archivo “02Expediente”*), solicitud que fue negada en Resolución SUB72194 del 23 de marzo de 2019 (*archivo “GRF-AAT-RP-2019_2301095-20190323105331”, expediente administrativo “01HistoriaLaboral”*).

- Sobre el incremento pensional por personas a cargo

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU140 de 2019, dispuso: *“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994”*.

Al efecto, conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2061-2021 acogió el criterio definido en la sentencia citada precedentemente, en el sentido de indicar que por la derogatoria orgánica de que fue objeto el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es procedente ordenar estos incrementos. Señaló además la Corte que de todas formas el reconocimiento de este derecho resulta incompatible con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política luego de la reforma que realizó el Acto legislativo 01 de 2005, pues bajo este escenario solo es posible su reconocimiento cuando se trate de un derecho adquirido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados, pues tampoco se acreditó que el derecho pensional del demandante se hubiera causado antes del 1 de abril de 1994 y bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, dado que la prestación reconocida tuvo como fuente normativa la Ley 33 de 1985.

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme 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 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 CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 20-2022-00142-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 abril de 2023, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, declaró a **COLPENSIONES** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vez y muerte, ordenó a **PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES** los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor y condenó en costas a **COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN** (*min. 01:06:15, archivo “1100131050202022001200_L11003105...”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

ANA MARÍA PELÁEZ CASTRO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con el fin de que se declare que no es válido y por ende ineficaz el traslado de régimen realizado en el mes de julio de 1994 a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, y posteriormente, se declare que continúa válidamente afiliada al RPM, se ordene a **PROTECCIÓN** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes en pensión realizados junto con sus rendimientos, consignados en la cuenta de ahorro individual correspondientes al periodo transcurrido entre julio de 1994 a la fecha y/o hasta cuando se efectúe su traslado, se ordene a **COLPENSIONES** a recibir los aportes en pensión que le sean trasladados por parte de **PROTECCIÓN** y se condene costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 05 de diciembre de 1968 y se afilió al RPM el 22 de noviembre de 1993, cotizando a ese régimen un total de 4,57 semanas. Continuó punteando que, sin estar suficientemente informada y asesorada sobre la trascendencia y consecuencias del cambio de régimen, estuvo vinculada mediante una simulación de afiliación al RAIS a **HORIZONTE** desde el mes de julio de 1994, AFP absorbida por **PORVENIR**. Señaló que, posteriormente mediante formulario de fecha 25 de noviembre de 2017 y sin contar tampoco con la información y asesoría especializada necesaria y

suficiente, realizó el traslado de su afiliación a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN**, entidad que omitió igualmente brindarle la información clara, completa, objetiva y suficiente sobre los efectos y condiciones específicos de su situación pensional para evitar que pudiera llegar eventualmente a perder los beneficios del RPM, especialmente sobre los efectos negativos en el cálculo de su valor pensional evitando así falsas expectativas y posteriores perjuicios a la afiliada y en la cual acumula 197,14 semanas, contando en los dos regímenes con un total de 1.209,42 semanas. Dijo que no es beneficiaria del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, por cuanto no acreditó más de 40 años de edad, ni más de 15 años de cotizaciones o de servicio al 01 de abril de 1994. Indicó que, está cercana a acreditar los requisitos de edad y tiempo para pensionarse, por lo que solicitó a **PROTECCIÓN** una proyección de su pensión, donde se muestra que para los 57 años de edad el valor de la pensión de vejez sería la suma \$1.982.054, siendo que el valor de su pensión calculado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 para el RPM corresponde a la suma de \$5.687.823,96. Para finalizar, señaló que elevó derecho de petición a **PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES** solicitando su traslado de Régimen (Pág. 6 a 11, archivo “01DemandaAnexos”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó su oposición frente a todos y cada uno de los pedimentos de la actora; dijo ser ciertos los hechos de la demanda contenidos en los numerales 4, 5, 9 y 20, y no ser ciertos o no constarle los demás, aceptando la fusión entre HORIZONTE y **PORVENIR**, las cotizaciones efectuadas por la demandante a esa AFP

entre diciembre de 2013 a diciembre de 2017, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y la radicación de derecho de petición. 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 (*archivo “04ContestacionPorvenir”*).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones, admitió como ciertos los hechos numerados de la demanda 1, 2, 18 y 19, aceptando la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación al RPM desde el 22 de noviembre de 1993 al 30 de septiembre de 1994, la cantidad de semanas cotizadas en el RPM y la radicación de la reclamación administrativa, así como su respuesta negativa; expresó que los demás hechos no son ciertos o no le constan e invocó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (*archivo “05ContestacionColpensiones”*).

En último lugar, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en igual sentido se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos numerados 1, 9, 10, 11, 14, 16, 17 y parcialmente el 6, admitiendo la fecha de nacimiento de la demandante, que no es beneficiaria del régimen de transición, las

cotizaciones realizadas en esa AFP desde el mes de enero de 2018, la cantidad de semanas acumuladas en los dos regímenes, la solicitud de proyección de pensión, la radicación de derecho de petición y su respuesta. Dijo no ser ciertos o no constarle los demás hechos y para cimentar su defensa 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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Colfondos y aplicación del precedente sobre los actor de relacionamiento al caso concreto (*archivo “07ContestacionProteccion”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min. 01:06:15, archivo “1100131050202022001200_L11003105...”*)

El 27 de abril de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la arquitecta ANA MARÍA PELÁEZ CASTRO, el día 24 DE JUNIO DE 1994, afiliándose a **HORIZONTE HOY PORVENIR** y consecuentemente su posterior traslado horizontal al fondo **PROTECCIÓN**, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a*

*COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada ANA MARÍA PELÁEZ CASTRO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. **CUARTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte. **QUINTO:** De ser o no apelada la presente decisión se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES, entidad del régimen general de pensiones...”*

Para resolver, el Juez indicó que sobre el particular hay suficiente jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia, señalando que la sanción impuesta a la falta del deber de información es la ineficacia del acto o negocio jurídico y que la carga de la prueba corresponde a la demandada, quien debe demostrar en juicio que cumplió el inexcusable deber de suministrar a la demandante la información clara, concreta y comprensible sobre las características de los dos regímenes y las consecuencias reales del traslado, concluyendo que en el proceso no hay ningún medio de prueba que acredite lo anterior, y si bien las demandadas aportaron los formularios de afiliación, estos solo acreditan el libre consentimiento de la demandante, pero no el cumplimiento del deber de información necesario para validar el traslado. Por último, señaló que no ordenaría la devolución de gastos de administración o comisiones, por cuanto no fue pedida tal pretensión, considerando además que son de propiedad de las mismas aseguradoras y que es imposible su retorno.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia, por considerar que al trasladarse a la demandante al RPM se está vulnerando la normativa que consagra que una persona que le falten menos de 10 años para pensionarse no puede trasladarse de régimen. Señaló que la demandante realizó el traslado sin ningún dolo y de manera libre, considerando que se solicita una pretensión meramente económica. Dijo que la demandante tuvo varios traslados entre AFP, por lo que se pudo informar en las diferentes administradoras y que la alta cantidad de personas que quieren trasladarse al RPM está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, porque aun cuando las AFP devuelvan los aportes a **COLPENSIONES**, ésta entidad tendrá que eventualmente sufragar todas las prestaciones sociales a favor de la demandante con sus propios recursos. Por último, solicitó que, en caso de ratificarse la sentencia de primera instancia, se debe abstener de condenar en costas a **COLPENSIONES**, por cuanto eso haría más gravosa la situación del sistema, y que las AFP deben devolver todos los rubros que hayan estado en sus manos porque debe retrotraerse todo a su estado anterior y los dineros siempre debieron estar en manos de COLPENSIONES. (min. 01:33:15, archivo “1100131050202022001200_L11003105...”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva a su

representada de cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, reiterando los argumentos de la contestación de demanda y del recurso de alzada (archivo “04AlegatosColpensiones”). De igual, el apoderado de **PORVENIR** pidió la revocatoria de la sentencia (archivo “03AlegatosPorvenir”). Por el contrario, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó su confirmación (archivo “05AlegatosDemandante”).

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

HORIZONTE hoy **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 frente a que: **i) ANA MARÍA PELÁEZ CASTRO** nació el 05 de diciembre de 1968 (Pág. 5 archivo “01DemandaAnexos”); **ii) la DEMANDANTE** se afilió al RPM a través de **COLPENSIONES** a partir del 25 de noviembre de 1993, acumulando 4,57 semanas (Pág. 4 y 44 a 49 archivo “05ContestacionColpensiones”); **iii) la DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación No. 004871 del 24 de junio de 1994 a HORIZONTE hoy **PORVENIR**, efectivo a partir del 01 de julio de 1994 (Pág. 28, 32 y 49 archivo “04ContestacionPorvenir”); **iv) la DEMANDANTE** se trasladó a **PROTECCIÓN** el 25 de noviembre de 2017, efectivo a partir del 01 de enero de 2018 (Pág. 40 a 41 archivo “07ContestacionProteccion”), AFP en la cual permanece vinculada y en donde acumula 1.252,28 semanas a octubre de 2022 (Pág. 45 a 58 archivo “07ContestacionProteccion”).

- 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 definitivos 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 SL2279-2021).

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 de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, HORIZONTE hoy **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 la pasiva, porque se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma de este documento la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, ni con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PROTECCIÓN** que no probó el deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

Lo anterior, por cuanto la **DEMANDANTE** en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores de HORIZONTE hicieron reuniones individuales y cortas en cada puesto de trabajo, en donde se le explicó de una manera muy sencilla los aspectos positivos de afiliarse al fondo privado, tales como los rendimientos financieros y la posibilidad de heredar a sus hijos los aportes pensionales, señalando que los asesores llegaban con el formulario diligenciado y que les comunicaban que el Seguro Social se iba a acabar, además que el empleador para el cual laboraba para el año 1994 hacía parte de HORIZONTE, por lo cual a su sentir existió una presión indirecta para obtener su afiliación a ese fondo, que la información que le brindó la AFP al momento del traslado al RAIS fue muy breve, sin suministrarle alguna información adicional, pues no le explicaron sobre la pensión anticipada, ni acerca de los requisitos para acceder a la pensión anticipada, y si bien aceptó que firmó voluntariamente los formularios de afiliación y no haber elevado reclamación escrita para obtener información sobre su pensión, lo cierto es que dichas circunstancias resultan insuficientes para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que tal traslado se realizó en el marco de una

libertad informada, iterándose, sobre las AFP demandadas se cernía esa carga procesal.

Con relación a la prueba testimonial aportada, huelga decir, de la misma no es mucho lo que puede extraerse frente al cumplimiento de las **AFP DEMANDADAS** en su deber legal de información al momento del traslado, en tanto al deponente nada le consta de manera directa frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar que pudieron ocurrir al respecto, pues no estuvo presente al momento de la afiliación de su ex esposa y su testimonio se basa en lo que de acuerdo a su propia experiencia, supone sucedió en el caso de la **DEMANDANTE**.

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 aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que la demandante siempre estuvo afiliada 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 las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargo 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 es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, se advierte que **COLPENSIONES** debe recibir tales valores, lo que obliga a dicho fondo a incorporarlos como aportes pensionales y 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 último, la Sala 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, 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 numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado al **RAIS** realizado por la demandante **ANA MARÍA PELÁEZ CASTRO** a través de su vinculación con la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el día 01 de julio de 1994 contenida en el formulario No. 004871 del 24 de junio de 1994.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** 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, sin descuento alguno, 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 las **AFP DEMANDADAS** 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 numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los valores referidos en precedencia, a incorporarlos como aportes pensionales, a reactivar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM, sin solución de continuidad y a actualizar su historia laboral, 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.

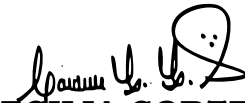
SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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: ANA MARÍA PELAEZ CASTRO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2022 00142 01

MAGISTRADA 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.20-2021-00604-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 13 de febrero de 2023, que reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, condenó al pago del retroactivo pensional, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (*Min. 35:58, archivo “11ActaAudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ROSA MARÍA OSUNA DE SUAREZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.) y, en consecuencia, se condene al pago de retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, reclama la devolución de aportes a herederos, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 06 de octubre de 1973 contrajo matrimonio con CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.), con quien convivió hasta su deceso el 23 de noviembre de 1997, procreando 03 hijos, todos ellos actualmente mayores de edad. Afirmó que, en 1991, el causante viajó a Villavicencio por cuestiones laborales, donde alquiló una casa con sus compañeros de trabajo, pero cada 15 días se visitaban y compartían vacaciones, fiestas anuales y conmemoraciones familiares, pero nunca trasladó su domicilio a dicha ciudad porque su hijo menor estudiaba en Bogotá. Aseguró que el causante cotizó 1029 semanas y que el 15 de agosto de 2006 reclamó la pensión de sobrevivientes ante el ISS, quien consideró que hubo divorcio de la pareja por no residir en el mismo lugar y negó la prestación a través de la Resolución 15474 el 17 de abril de 2007, decisión confirmada en Resolución 030417 del 18 de julio de 2008. Luego que mediante Resoluciones 21775 del 13 de junio de 2012, GNR 208545 del 16 de agosto de 2013 y GNR 149277 del 23 de mayo de 2017 se volvió a negar el derecho. Y que en Resolución SUB170180 del 24 de agosto de 2017 COLPENSIONES negó la prestación a DIEGO JAVIER SUAREZ OSUMA, hijo del causante, menor de edad a su fallecimiento, alegando la prescripción de las mesadas, decisión confirmada con la Resolución SUB207440 del 25 de septiembre de 2017 (pág. 3 a 15, archivo “03SubsanacionDemanda”).

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la celebración del matrimonio, la existencia de los hijos del causante, la fecha de fallecimiento y la negativa al reconocimiento pensional. Expreso que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción y la innominada o genérica (pág. 3 a 20, archivo “05ContestacionDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 35:58, archivo “11ActaAudienciaFallo”).

El 13 de febrero de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que la señora ROSA MARÍA OSUNA es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.), dada la acreditación de la convivencia y dependencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y por tanto CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora ROSA MARÍA OSUNA, en calidad de cónyuge supérstite, con ocasión al fallecimiento del señor CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.), en un 100% de la mesada pensional que devengó este en vida y a partir del 25 de noviembre de 2018, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de ley, debidamente indexados mes a mes hasta el momento del pago, conforme al I.P.C. certificado por el DANE. TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: Sin costas en esta instancia. QUINTO: Si la presente providencia es o no apelada envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES, entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación. (...)”.

Como sustento de la decisión el Juez indicó que a la fecha de fallecimiento la norma vigente sobre la pensión de sobrevivientes era la Ley 100 de 1993 original, sin cumplir el causante 26 semanas cotizadas en el año anterior a su deceso, pero que aplicando la figura de la condición más beneficiosa se acredita que tiene 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo conforme el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990. Afirmó que el causante residió en una ciudad diferente a la **DEMANDANTE** por motivos laborales y no con el ánimo de poner fin a la relación, por lo que dedujo que si hubo convivencia y si bien la **DEMANDANTE** hizo vida marital con posterioridad al deceso, privar la pensión por tal razón es contrario a la Constitución conforme las sentencia C-309 de 1996 y C568 de 2016, posición que adoptó la H. CSJ con sentencia SL413-2022, no siendo de aplicación el artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990 y 62 de la Ley 90 de 1946. En conclusión, declaró que la accionante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, declaró prescritas las mesadas anteriores al 25 de noviembre de 2018 y negó los intereses moratorios porque la negativa en sede administrativa se hizo

con base en una posición normativa razonable, en su lugar ordenó indexación.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que no se comprobó convivencia real y efectiva en los 5 años anteriores al deceso del causante porque la investigación administrativa acreditó que la misma cesó en 1981, limitándose el causante a visitar a sus hijos; de otra parte, señaló que no se puede aplicar la posición jurisprudencial de que se puede acreditar los 05 años de convivencia en cualquier tiempo, pues en el presente caso existe controversia sobre la continuidad la relación de ayuda y socorro mutuo, núcleo esencial de matrimonio, puesto que el objetivo de la pensión de sobrevivientes es socorrer a la persona que acompañó y se unió jurídicamente al causante hasta su muerte y permitir que una persona que desde 15 años antes de la muerte dejó de socorrer al causante afecta la sostenibilidad financiera del sistema (*min. 37:57, archivo “11ActaAudienciaFallo”*).

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 al doctor Gustavo Enrique Martínez González, identificado con CC 1.014.196.194 y TP 276.516 CSJ, quien solicitó absolver a la demandada de cada una de las pretensiones. Agotado el término, la apoderada de la **DEMANDANTE** 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 si la **DEMANDANTE** acreditó los requisitos para tener derecho a la pensión de sobrevivientes y demás pretensiones reclamadas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** la demandante **ROSA MARÍA OSUNA DE SUAREZ** nació el 10 de octubre de 1948 (*pág. 24 y 31, archivo “03SubsanacionDemanda”*); **ii)** la **DEMANDANTE** y el causante CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.) contrajeron nupcias el 06 de octubre de 1973 (*pág. 21 y 22, archivo “03SubsanacionDemanda”*); **iii)** la **DEMANDANTE** y el causante procrearon a SANDRA BIBIANA SUAREZ OSUNA el 21 de abril de 1974, CARLOS SUAREZ OSUNA el 10 de abril de 1975 y a DIEGO JAVIER SUAREZ OSUNA el 04 de julio de 1982 (*pág. 25 a 28, archivo “03SubsanacionDemanda”*); **iv)** CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.) falleció el 23 de noviembre de 1997 (*pág. 29, archivo “03SubsanacionDemanda”*) y cotizó al ISS 1.028,71 semanas según historia laboral expedida el 02 de agosto de 2018 (*archivo “GRP-SCH-HL-2018_7640229-20180802022058”, subcarpeta “09ExpedienteAdministrativo”*); **v)** **ROSA MARÍA OSUNA DE SUAREZ** solicitó la pensión de sobrevivientes el 15 de agosto de 2006, prestación que rechazó el extinto ISS con Resolución 0015474 del 17 de abril de 2007, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, siendo confirmado el acto recurrido con resoluciones 030417 del 18 de julio de 2008 y 1267 del 27 de marzo de 2009 (*pág. 45 a 53, archivo “03SubsanacionDemanda”*); **vi)** posteriormente también fue negada la prestación por medio de las

resoluciones 21775 del 13 de junio de 2012, GNR 208545 del 16 de agosto de 2013, DIR 17494 de 09 de octubre de 2017 y SUB218136 del 17 de agosto de 2019 y en resoluciones GNR 149277 del 23 de mayo de 2017 y SUB 170180 del 24 de agosto de 2017 negó la pensión de sobrevivientes y la indemnización sustitutiva a DIEGO JAVIER SUAREZ OSUNA, en calidad de hijo de causante (pág. 68 a 77 archivo “03SubsanacionDemanda” y archivo 156 “GRF-AAT-RP-2017_9584822_2-20171009074020”, subcarpeta “09ExpedienteAd.”).

- La condición más beneficiosa como mecanismo para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes.

La norma que regula la pensión de sobrevivientes 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 (sentencias SL496-2018, SL1357-2022, SL1604-2022, entre otras).

Sin perjuicio de lo ya señalado, no es ajena esta Sala que en el tránsito de legislación de la pensión de sobrevivientes no consagró un régimen de transición, lo cual generó que afiliados con una expectativa legítima de acceder a la prestación por cumplir la densidad mínima de semanas exigidas en la normatividad derogada fueran sorprendidos con el cambio de requisitos. Para proteger dichas expectativas legítimas, se desarrolló jurisprudencialmente la figura de la *condición más beneficiosa* a fin de aplicar la normatividad anterior en vigencia de los actuales cambios normativos.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social, de manera enfática advierte que la condición más beneficiosa no avala al Juez la búsqueda histórica en todas las normas que han regulado la prestación de la seguridad social, por cuanto dicha figura solo permite aplicar la normatividad inmediatamente anterior a la vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL3550-2022, SL3647-2022, SL4190-2022, SL243-2023, SL333-2023,

SL700-2023, entre otras, providencias que reiteraron la posición adoptada en la sentencia SL Rad. 32.642 del 9 de diciembre de 2008.

En consecuencia, si el deceso del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993, como se da en el presente asunto (el afiliado falleció el 23 de noviembre de 1997), el principio de la condición más beneficiosa permite aplicar el régimen pensional inmediatamente anterior, a saber, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, siempre y cuando se cumplan las reglas adoptadas por la jurisprudencia. Sobre esto último, conviene precisar que la sentencia SL4650 de 2017 solo estudió la aplicación de este principio frente al tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, por ello, la Sala seguirá las pautas que reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL11548 de 2015, SL5491 de 2018 y SL1793 de 2019, entre otras, al rememorar las premisas fijadas por la jurisprudencia en el pasado, entre otras, en la sentencia con radicado 28893 del 4 de diciembre de 2006.

En la referida sentencia, esa Alta Corporación definió los parámetros que deben tenerse en cuenta para que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes puedan acceder a dicha prestación en aplicación de la legislación anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, conforme lo definido en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990. Al efecto, recordó que la norma citada contiene dos hipótesis, la primera de ellas, la que se refiere a las 300 semanas de cotización en cualquier tiempo, que según ha dicho esa Corporación, deben estar satisfechas al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, sin lugar a considerarse las semanas cotizadas con posterioridad a este momento; y la segunda de ellas, la que se refiere a las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la muerte del afiliado, que requiere del cumplimiento de dos requisitos: **i)** que el causante tenga 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993; y **ii)** además registre 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de fallecimiento.

En el presente asunto, no fue objeto de discusión que entre la **DEMANDANTE** y el causante CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.) se celebró matrimonio católico el 06 de octubre de 1973 (*pág. 21 y 22, archivo “03SubsanacionDemanda”*), sin que exista prueba de la disolución o nulidad de dicho vínculo jurídico.

Tampoco fue objeto de controversia que el causante falleció el 23 de noviembre de 1997, siendo afiliado no cotizante, quien logró acumular 1.028,71 semanas cotizadas según historia laboral expedida el 02 de agosto de 2018 (*archivo “GRP-SCH-HL-2018_7640229-20180802022058”, subcarpeta “09ExpedienteAdministrativo”*), densidad de cotizaciones que no fue controvertida en la Resolución SUB 218136 del 17 de agosto de 2018, último acto administrativo que analizó la situación de afiliado fallecido, (*pág. 68 a 77, archivo “03SubsanacionDemanda”*).

Así las cosas, advierte la Sala que para la fecha del deceso, el causante no estaba cotizando sin cumplir la densidad de semanas exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, pues no contaba con 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al óbito, por tanto, no logró causar la pensión de sobrevivientes conforme la normatividad vigente a la fecha de su muerte.

Por ello, en aplicación de la condición más beneficiosa, procede el estudio de la prestación reclamada bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, normatividad inmediatamente anterior a la vigente a la fecha de su deceso.

Al efecto, CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.) contaba con una expectativa legítima de dejar causada la pensión de sobrevivientes al reunir más de 1000 semanas cotizadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, cumpliendo de forma evidente los requisitos para causar tal prestación conforme los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, que exigían al menos 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Como quiera que se completó la densidad de semanas exigida para acceder a la pensión de sobrevivientes, corresponde a la Sala verificar si se cumplen los requisitos de convivencia exigibles a la cónyuge superviviente para acceder a la pensión de sobrevivientes.

El artículo 26 del Acuerdo 049 de 1990, consagró como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por muerte común, de forma vitalicia, al cónyuge sobreviviente, mientras el artículo 30 *ibidem* determinó que el cónyuge perdería el derecho a la misma si al momento del deceso no hiciere vida común con el causante.

En el presente asunto, el extinto ISS negó la reclamación inicial que efectuó la **DEMANDANTE** en agosto de 2006 alegando que aquella compartió lecho, techo y mesa con el causante hasta mediados de 1991, fecha en la cual él se trasladó a Villavicencio (*pág. 45 a 53, archivo “03SubsanacionDemanda”*).

Ahora, con ocasión de la prueba de oficio decretada en segunda instancia en providencia del 08 de mayo de 2023, **COLPENSIONES** allegó el expediente administrativo del causante, en cuyo contenido reposa informe técnico de investigación adelantado por la empresa COSINTE-RM, por solicitud del fondo de pensiones, el 19 de mayo de 2016, donde se estableció que “*a pesar que el matrimonio del señor Carlos Julio Suárez y la señora Rosa María Osuna De Suárez, se encuentra vigente, no hubo convivencia desde el año 1981*” (*archivo 38 “GEN-COM-CO-2016_2495500-20160610”*).

Por su parte, la **DEMANDANTE** reconoció que el causante falleció fuera de Bogotá, pero aclaró que tal circunstancia obedeció a motivos laborales por los cuales éste trasladó su residencia a Villavicencio, pese lo cual nunca existió el ánimo de poner fin a la relación conyugal.

Como sustento de su posición, la **DEMANDANTE** solicitó el testimonio de MARÍA FANNY PULIDO FAJARDO y CLARIBEL RINCÓN VIUDA DE MOSCOSO (*min. 09:50 y 19:42, archivo “10ActaAudienciaPruebas”*), quienes manifestaron de forma coincidente que el causante visitó regularmente a la **DEMANDANTE** o ésta viajaba a Villavicencio a reunirse con él, afirmando que nunca cesó la convivencia entre los cónyuges.

La H. CSJ define el concepto de convivencia como la comunidad formada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un

proyecto de vida de pareja estable, real y vigente; la cual debe ser demostrada de manera ininterrumpida por el periodo exigido por la normatividad vigente SL1706-2021, SL803-2022, SL2767-2022, SL2893-2021 SL4283-2022, entre otras.

Para la Alta Corporación, hay convivencia a pesar de la ausencia física, cuando tal circunstancia obedezca a situaciones particulares y justificables de salud, trabajo y oportunidades laborales, imperativos legales o económicos, fuerza mayor o cualquier otra situación que impida compartir techo y la cohabitación sin que ello implique la desaparición de la comunidad de vida de la pareja ni refleje el deseo de acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como se indicó en las sentencias SL3813-2022, SL1706-2021, SL803-2022, SL2767-2022, entre otras.

En el presente asunto, los testimonios recaudados permiten inferir, de forma razonable, que a pesar del traslado de residencia del causante por motivos laborales nunca cesó la convivencia entre los cónyuges, por cuanto continuó el ánimo de la pareja de mantener su comunidad de vida y sostener los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo y solidaridad, sin que se advierta además nota marginal alguna en el registro civil de matrimonio o de nacimiento de los contrayente que acredite que tal vinculó cesó por alguna razón (*pág. 21 a 24, archivo “03SubsanacionDemanda”*).

De otra parte, el apoderado de **COLPENSIONES** alegó que la DEMANDANTE ya disfruta una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de un compañero permanente, con quien inició vida marital con posterioridad al fallecimiento del causante, motivo por el cual considera que no es posible acceder al reconocimiento pensional solicitado en este proceso laboral.

Al respecto, no cabe duda de que tanto la **DEMANDANTE**, como las testigos MARÍA FANNY PULIDO FAJARDO y CLARIBEL RINCÓN VIUDA DE MOSCOSO, indicaron de forma expresa que en efecto **ROSA MARÍA OSUNA DE SUAREZ** disfruta una pensión de sobrevivientes con ocasión

del fallecimiento de WENCESLAO GIRALDO ALZATE (q.e.p.d.), reconocimiento que efectuó el extinto ISS mediante la Resolución 189245 del 23 de julio de 2013 (carpeta “06ExpedienteAdministrativo”; (min. 14:32, archivo “09ActaAudienciaTramite”; min. 13:10 y 22:15 archivo “10ActaAudienciaPruebas”).

Por su parte, el expediente administrativo de la **DEMANDANTE** permite verificar que ésta siempre indicó ante **COLPENSIONES** que en 1999 inició su unión marital de hecho con el señor WENCESLAO GIRALDO ALZATE (q.e.p.d.), dicho que coincide con el señalado en juicio por las testigos (archivos “GJR-NOT-AF-2013_233102-20130715160955”, “GJR-DEM-GE-2012_1381398-20130705230804”).

Los precitados elementos de prueba permiten inferir que en el caso bajo estudio el apoderado de **COLPENSIONES** reclamó la aplicación del numeral 2° del artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990 para extinguir la pensión de sobrevivientes de la **DEMANDANTE**, norma que consagró dicha consecuencia contra el cónyuge supérstite que con posterioridad al fallecimiento del causante hace vida marital.

La Sala rechaza aplicar dicha norma por ser contraria al respeto de la autonomía del individuo y a los derechos fundamentales consagrados y protegidos por la Constitución Política de 1991, tal y como se puede apreciar al estudiar los pronunciamientos que sobre el particular han sido proferidos, en especial las sentencias C-309 de 1996 y C-568 de 2016 de la H. Corte Constitucional y la sentencia SL413-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, providencias en las que se determinó que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes procede una vez se cumplen los requisitos para su causación y no puede ser suprimido tal derecho por la decisión de su beneficiario de contraer nuevas nupcias o iniciar vida marital con posterioridad al reconocimiento de la pensión.

En efecto, basta con advertir que el sistema internacional de derechos humanos coincide en proscribir la discriminación por cualquier causa, especialmente hacia la mujer, dado el contexto histórico por el que ha transcurrido, de ahí que aun desde antes de la Constitución Política

de 1991 existe un contexto normativo internacional que propende por que los Estados partes superen las barreras de todo tipo, incluso legislativas, que vulneran los principios de igualdad de derechos y de respeto a la dignidad humana, con énfasis en la mujer, quien tenía restricciones para participar en comparación con el hombre en la vida política, social, económica y cultural del país, condiciones introducidas al sistema pensional, y que le impedían escoger una opción de vida que le mereciera un papel inclusivo y preponderante en la construcción del bienestar de la sociedad y la familia.

Así las cosas, el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes no se pierde cuando la viuda o viudo beneficiario de la prestación contrae nuevas nupcias, sin importar que ese hecho se materialice antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, pues no existen razones que justifiquen un trato diferencial, menos aún que se mantengan restricciones que vulneran los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, seguridad social en pensiones y a la voluntad libre de conformar una familia.

En consecuencia, en nada frustra el disfrute de derecho a la pensión de sobreviviente que la **DEMANDANTE** haya iniciado vida marital 02 años después del fallecimiento de su cónyuge, por lo cual, al estar acreditada su condición de beneficiaria, se confirmará el reconocimiento efectuado en la sentencia de primera instancia.

En cuanto el monto de la pensión de sobrevivientes, el *a quo* ordenó que la misma fuera en el 100% de la mesada pensional devengada en vida por el causante, pasando por alto que éste nunca se pensionó y falleció siendo apenas un afiliado, motivo por el cual se modificará en dicho aparte la sentencia de primera instancia a fin de ordenar que el monto de dicha prestación corresponda al que determina el artículo 48 de la Ley 100 de 1993¹, según el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL9769-2014, SL496-2018, SL3808-

¹ El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

2020, SL4165-2021, entre otras), sobre un IBL calculado conforme con el artículo 21 de la misma norma, en un total de 14 mesadas anuales en atención a que el deceso del causante ocurrió en 1997, esto es, con anterioridad de la expedición del Acto Legislativo 1° de 2005.

En cuanto la prescripción, no hay duda que la reclamación inicial de la pensión de sobrevivientes, efectuada el 15 de agosto de 2006, finalizó en sede administrativa con la expedición de la Resolución 1267 del 27 de marzo de 2009, siendo radicada la demanda hasta el 23 de noviembre de 2021 (*pág. 77, archivo “01ExpedienteDigital”*), motivo por el cual las mesadas pensionadas causadas con anterioridad al 23 de noviembre de 2018 se encuentran prescritas, en atención al término trienal prescriptivo consagrado en los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS. En este caso, el juzgado de instancia declaró probada esta excepción y condenó al pago de la prestación a partir del 25 de noviembre de 2018, aspecto que no fue recurrido por la parte actora, razón por la cual para no hacer más gravosa la situación del único apelante, se confirmará en este aspecto la sentencia.

También se confirmará la absolución de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al no ser reprochada la decisión por la apoderada de la **DEMANDANTE** y porque la decisión de **COLPENSIONES** de no reconocer la pensión de sobrevivientes obedeció a la falta de prueba de la convivencia, sin que tal decisión fuera reprochable o abiertamente arbitraria, por cuanto fue necesario desarrollar un amplio ejercicio probatorio y aplicar la tesis jurisprudencial de la H. CSJ sobre la continuidad de la convivencia a pesar de no residir los cónyuges en el mismo lugar.

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 ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** que el IBL y el monto de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de la **DEMANDANTE** corresponde a los señalados en los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993 y según al número de semanas cotizadas por CARLOS JULIO SUAREZ (q.e.p.d.), conforme la parte considerativa de esta providencia.

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

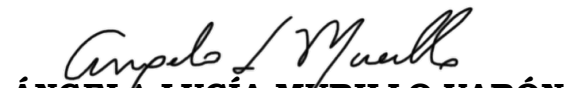
TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 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.22-2019-00144-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 **YAIRES GARCIA MEDINA** contra la sentencia del 19 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 00:28:55, archivo “011. Aud. Art. 80 C.P.T. S.S. Exp. 022-2019-00144-20220119_160851-Grabación de la reunión”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

YAIRES GARCIA MEDINA llamó a juicio al **EDIFICIO LAGO CENTRO COMERCIAL – PROPIEDAD HORIZONTAL** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y que su despido fue sin justa causa; en consecuencia, se ordene el pago de la prima de servicios, indemnización moratoria, indemnización por despido, indexación y condenas por facultades ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que laboró mediante contrato de trabajo con la demandada desde el 1° de septiembre de 2000 hasta

el 25 de julio de 2013, cumpliendo funciones de oficios varios, con un último salario de \$641.000; que el 06 de julio de 2013 el administrador la llamó a descargos donde se le interrogó si ella evadía tiempo de trabajo y que la indujeron a que contestara de forma afirmativa; que le fue terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa el 25 de julio de 2013; que firmó la carta de terminación del contrato sin darse cuenta que le estaban vulnerando sus derechos fundamentales y que presentó petición ante la accionada (*pág. 22 a 26 y 31 a 32, archivo “001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144”*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EDIFICIO LAGO CENTRO COMERCIAL – PROPIEDAD HORIZONTAL se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo desempeñado, la terminación unilateral del contrato, pero con justa causa, y el salario devengado. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, inexistencia de la obligación - cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de mala fe y la innominada o genérica (*pág. 75 a 85, archivo “001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144”*).

En la audiencia del artículo 77 del CPTSS se excluyó del debate la pretensión relacionada con la prima de servicios (*min. 06:28, archivo “006. Aud. Art. 77 C.P.T.SS Nov-03-2021 Exp. 022-2019-00144”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 00:28:55, archivo “011. Aud. Art. 80 C.P.T. S.S. Exp. 022-2019-00144-20220119_160851...”*)

El 19 de enero de 2022, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de mérito formuladas por la demandada en su escrito de contestación

*denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y se abstiene de pronunciamiento de las demás excepciones, conforme a lo expuesto. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada Edificio el Lago Centro Comercial – Propiedad Horizontal de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Yaires García Medina, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** en caso tal de que la presente decisión no sea apelada CONSÚLTESE con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral. **CUARTO:** Sin condena en costas, ante su no causación (...)*”.

Como sustento de su decisión la Juez indicó que entre las partes existió un contrato de trabajo, finalizado por la demandada el 25 de julio de 2013 de forma unilateral, y la parte actora no demostró que la terminación del contrato haya sido una sanción disciplinaria. Frente a la justa causa, señaló que el empleador cumplió con la carga de su demostración puesto que en el juicio quedó acreditado que las respuestas enunciadas en la carta de terminación del contrato son ciertas, pues es la propia demandante quien en la diligencia de descargos aceptó que inició las labores con un descanso de 35 minutos y que no hizo ningún tipo de labor en ese tiempo, aspecto que corroboró con su interrogatorio donde aceptó que evadía tiempo, sin que se advierta que haya sido presionada u obligada a suscribir el acta de descargos, como dan cuenta los testigos John Fernando Forero Alarcón y Jorge Fonseca, por lo que al ser una trabajadora que llevaba más de 12 años al servicio de la demandada, su comportamiento debió enmarcarse bajo los presupuestos de la buena fe.

Y absolvió de indemnización moratoria por no adeudarse salarios o prestaciones sociales.

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.

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 la terminación del contrato de trabajo ocurrió con o sin justa causa, la procedencia de las indemnizaciones por despido y moratoria y la indexación, 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 **YAIRES GARCIA MEDINA** y la demandada **EDIFICIO LAGO CENTRO COMERCIAL – PROPIEDAD HORIZONTAL** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de septiembre de 2001 al 25 de julio de 2013 (*pág. 5, 7 y 71, archivo “001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144”*); **ii)** y en comunicación del 25 de julio de 2013 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 64, archivo “001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144”*).

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 del 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 del 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 Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó 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).

También la H. CSJ ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo

por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni ningún procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.
2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.
3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia absolvió a la demandada de todas pretensiones, al concluir que la ocurrencia de la falta grave fue acreditada por el empleador.

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. 65, archivo “001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144”*) el empleador señaló como justa causa la prevista en el literal a), numeral 6°, del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el numeral 1° del artículo 58 del CST, al considerar que no son de recibo las afirmaciones realizadas por la demandante en la diligencia de descargos en cuanto a “*evadir tiempo*” de la jornada laboral.

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, fundamentada en una causal de origen legal, motivo por el cual el estudio de la presente actuación se limitará a determinar la gravedad de la conducta de la demandante.

Pues bien, se acreditó en el plenario que **YAIRES GARCIA MEDINA** cumplió funciones de oficios varios, realizando labores de aseo y limpieza (*hecho 2 de la demanda, aceptado en la contestación*).

Reposa comunicación que da cuenta que la demandante disfrutó de periodo de vacaciones entre el 17 de junio de 2013 al 4 de julio de 2013 (*pág. 62, archivo 001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144*)

YAIRES GARCIA MEDINA fue citada a diligencia de descargos por el administrador del edificio. En dicha diligencia, realizada el 06 de julio de 2013, se le puso de presente un video grabado el 15 de junio de 2013 y la demandante aceptó que ese día durante 35 minutos de su jornada laboral “*no hizo nada*”; precisó su horario de trabajo, que las funciones de aseo en el edificio eran para las áreas comunes y que en su jornada laboral no hacia aseo a otras oficinas. Cuando se le indagó que, si al iniciar la jornada laboral empezaba descansando, respondió que “*evado el tiempo al empezar la jornada laboral*”. Ese documento aparece suscrito por la demandante, Luis Alberto Rojas Puentes como administrador del edificio y Jorge Fonseca como revisor fiscal de la copropiedad (*pág. 63, archivo “001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144*”).

En audiencia del 19 de enero de 2022, se recaudó interrogatorio al representante legal del **EDIFICIO LAGO CENTRO COMERCIAL – PROPIEDAD HORIZONTAL**, Luis Alberto Rojas Puentes, quien sobre el particular no hizo aportes adicionales a los señalados en la contestación de la demanda y si bien señaló que la conducta de la trabajadora había sido reiterada, dicho aspecto no fue objeto de mención ni en la diligencia de descargos ni en la carta de terminación (*min. 5:40, archivo “011. Aud. Art. 80 C.P.T. S.S. Exp. 022-2019-00144-20220119_160851-Grabación de la reunión*”). Igualmente, se recepcionó el interrogatorio a la demandante quien precisó la fecha en que fue citada a descargos, el contenido del acta de esa diligencia, que se le mostró el video, pero que no se ve a ella ingresando a la oficina;

que estaba en vacaciones cuando fue llamada a descargos y que había exclusividad en la prestación de su servicio. Dijo que se sintió presionada porque no le notificaron por escrito ni verbalmente que debía rendir descargos sobre esos hechos y al subir a administración estaban integrantes del consejo, revisor fiscal, contador y todos le hicieron preguntas sobre hechos que los cuales no tuvo conocimiento. También explicó el procedimiento de la prestación del servicio, que ese día no llegó con ánimo de trabajar y se hizo atrás de la cámara y “*no salió pronto y evadió tiempo*”; que tenía presión del Centro Comercial en ese momento, que estaba en una inestabilidad emocional, “*pues no sabía dónde estar porque donde estuviera le tenían a un guardia vigilándola*” (min. 18:12, archivo “011. Aud. Art. 80 C.P.T. S.S. Exp. 022-2019-00144-20220119_160851-Grabación de la reunión).

Y frente a los testimonios decretados, se escuchó la declaración de Nury Nocua Peñaloza, quien manifestó haber laborado como administradora en la demandada hasta el año 2007 o 2008, por lo que no tuvo conocimiento de los hechos objeto de litigio (min. 35:40, archivo “011. Aud. Art. 80 C.P.T. S.S. Exp. 022-2019-00144-20220119_160851-Grabación de la reunión”). También se recepcionó el testimonio de John Fernando Forero Alarcón, quien dijo ser propietario de un local en el centro comercial, que la demandante era la de oficios varios pero no estaba cumpliendo con sus obligaciones, ya que había momentos que llegaba tarde al sitio de trabajo y se identificó por parte del representante legal de la demandada, por medio de unas cámaras, que la accionante llegaba y prestaba servicio en unidades privadas, hechos que también habían sido informado por otras personas; que supo que varios propietarios comentaron que llamaban a **YAIRES** para que les hiciera el aseo en determinado momento; y que tuvo conocimiento de la situación dado que participó como testigo en la diligencia de descargos (min. 48:28, archivo “011. Aud. Art. 80 C.P.T. S.S. Exp. 022-2019-00144-20220119_160851-Grabación de la reunión”).

Y finalmente se recaudó el testimonio de Jorge Edgar Fonseca González quien dijo ser el revisor fiscal de **EDIFICIO LAGO CENTRO COMERCIAL – PROPIEDAD HORIZONTAL**, que participó en la diligencia de descargos en calidad de testigo, que en el edificio existen por temas de control unas cámaras de video, donde se evidencia las personas ingresan; que Luis Alberto en el proceso de verificación encuentra que **YAIRES** al ingresar a su trabajo entra a una o varias oficinas, lo cual llamó la atención del representante legal, por lo que Luis Alberto le hizo el comentario a **YAIRES** y la citó a unos descargos el 6 de julio de 2013; que a la demandante no la obligaron para que diera la respuesta de alguna manera, tampoco fue obligada ni a firmar el acta ni la liquidación final del contrato de trabajo (*min. 01:05:20, archivo “011. Aud. Art. 80 C.P.T. S.S. Exp. 022-2019-00144-20220119_160851-Grabación de la reunión”*).

Al analizar las pruebas mencionadas, para la Sala la parte demandada demostró con suficiencia la ocurrencia de la conducta atribuida a **YAIRES GARCIA MEDINA** en la carta de terminación del contrato, relacionada con el incumplimiento en la prestación del servicio, comportamiento que a la luz del artículo 58 del CST, en especial del numeral 1°, constituye una falta de la demandante en las obligaciones especiales que le incumbían como trabajadora.

En efecto, fue la propia **YAIRES GARCIA MEDINA** quien reconoció en la diligencia de descargos del 06 de julio de 2013, así como en el interrogatorio, el incumplimiento en la prestación del servicio puesto que a pesar de reconocer que su horario de trabajo comenzaba a las 7:00 de la mañana, manifestó que el día 15 de junio de 2013 durante 35 minutos luego del inicio de su jornada laboral “*no hizo nada*” y que ese día no llegó con ánimo de trabajar y se hizo atrás de la cámara, no salió pronto y evadió tiempo.

Y si bien no se demostró en el juicio que esa conducta de la trabajadora haya sido permanente y continua, el solo hecho de la comisión de la falta, sin tener alguna justificación, socavó la confianza

del empleador, quien válidamente podía dar por terminado el contrato de trabajo ante la configuración de una justa causa señalada taxativamente por el legislador, la cual era de pleno conocimiento de la accionante puesto que así se había pactado también en la cláusula séptima del contrato de trabajo (pág. 5, archivo “001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144”).

Ahora, **YAIRES GARCIA MEDINA** manifestó en el interrogatorio que fue presionada porque “no le notificaron por escrito ni verbalmente que debía rendir descargos sobre esos hechos” y que presentaba inestabilidad emocional “pues no sabía dónde estar porque donde estuviera le tenían a un guardia vigilándola”. Al respecto, no hay medio persuasivo que soporte dichas afirmaciones, dado que no se configuró algún vicio de consentimiento al momento de practicarse la diligencia de descargos, y no hay certeza de las presuntas conductas asumidas por el empleador que le generaron inestabilidad emocional, la cual tampoco está acreditada en el juicio.

Además, al no determinarse que la conducta infringida se haya pactado como falta disciplinaria en el reglamento, contrato de trabajo o cualquier otro acuerdo celebrado de forma bilateral entre las partes o con los demás trabajadores, el **EDIFICIO LAGO CENTRO COMERCIAL – PROPIEDAD HORIZONTAL** no tenía la obligación de surtir etapas previas antes de la terminación del contrato de trabajo, en los términos señalados por la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014, relativa al procedimiento que se debe surtir para la imposición de las sanciones disciplinarias. En todo caso, se advierte que el empleador le dio la oportunidad a la trabajadora de rendir descargos, le comunicó claramente en la carta de terminación los motivos del despido y la finalización del vínculo se fundamentó en una causal consagrada en el CST, cumpliendo así las obligaciones que le incumbían (CSJ SL15245 de 2014, SL1981-2019, SL339 de 2023, entre otras).

Bajo el anterior análisis, está demostrada la infracción a las obligaciones que tenía la trabajadora y, por ende, la justa causa, por lo que el **EDIFICIO LAGO CENTRO COMERCIAL – PROPIEDAD HORIZONTAL** estaba plenamente facultado 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.

Ante la configuración de la justa causa, la Sala se releva del estudio de los demás documentos y pruebas incorporadas, en especial de la validez probatoria de la grabación del acta de descargos (“*archivo “ACTADESCARGOS LAGOCENTRO-06-07-13”, subcarpeta “002. CD Folio 58 Anexos Contestación DDA Edi. Lago-Exp.022-2019-00144”*”, del audio relacionado con una asamblea del consejo de administración (“*archivo “130930_CONSE_ADMIN_SEPT LABGO CENTRO”*”), y del registro denominado “*130926_002 TESTIMONIO JOSE LEON*”.

- Sobre la indemnización moratoria.

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 SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

En el presente asunto no se reclamó el pago de salarios y prestaciones sociales, y la prima servicios que se había invocado como pretensión fue desistida al momento de la fijación del litigio. De igual

modo, la liquidación del contrato de trabajo, firmada por la parte actora (pág. 10, archivo “001. P.O. Yaires Garcia M. vs Edificio Lago Centro C. Exp.022-2019-00144”), da cuenta que al momento de la terminación se le cancelaron los emolumentos adeudados a esa fecha.

Así, al no darse los presupuestos contenidos en el artículo 65 del CST, no hay lugar a imponer condena alguna por este concepto. igualmente, al no existir suma a favor de la parte actora, no procede el estudio de la indexación.

En consecuencia, 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

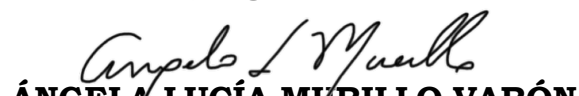
RESUELVE

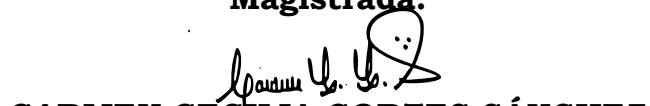
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.23 2021 00099 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 demandante **HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO** contra la sentencia del 09 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones (*min. 01:23:07, archivo “013.1Audiencia09diciembre2021”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO llamó a juicio a **KOBACOLOMBIA S.A.S.** con el fin de que se declare que al momento de la terminación de su contrato de trabajo gozaba de estabilidad laboral reforzada por razones de salud y, en consecuencia, que se ordene el reintegro a un cargo igual o de mayor jerarquía al que venía desempeñando, junto con el pago de salarios y acreencias laborales,

pago de 180 días como sanción por vulnerar el fuero de estabilidad y costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones básicamente en que el 20 de septiembre de 2017 se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de auxiliar de bodega y conductor; que el último salario fue de \$1.599.540; que el 24 de mayo de 2019 al estar cargando una mercancía sufrió un accidente laboral, debiendo acudir a urgencias a la Cruz Roja, donde le diagnosticaron esguince de rodilla y le otorgaron 4 días de incapacidad; que terminada la incapacidad retornó a sus labores con la afección en su rodilla, viendo menguada su capacidad laboral, por lo que al no tener el rendimiento acostumbrado empezó a ser discriminado y acosado laboralmente; que a pesar del dolor que presentaba y la dificultad para caminar, optó por no pedir citas médicas pues temía que lo incapacitaran nuevamente y con ello complicar su relación laboral.

Manifestó que al persistir el dolor y la inflamación, los primeros días de julio de 2019 procedió a solicitar cita por medicina laboral y se la asignaron para el 5 de agosto siguiente; que el 19 de julio de 2019 fue llamado a presentar descargos con ocasión de un proceso disciplinario en su contra, por supuestamente cometer faltas graves; que el 1° de agosto de 2019 la demandada le terminó el contrato de trabajo aduciendo justa causa, decisión contra la cual, el 8 de agosto posterior, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación para que se analizara su situación laboral dado su estado de salud y afectación del mínimo vital y poniendo de presente que estaba en tratamiento médico, tendiente a recuperarse del accidente laboral sufrido el 24 de mayo de 2019, recursos que fueron resueltos de forma desfavorable.

Relató que el 5 de agosto de 2019, fue examinado por medicina laboral donde se le diagnosticó *“ESGUINCES Y TORCEDURAS QUE COMPROMETEN EL LIGAMIENTO CRUZADO (ANTERIOR) (POSTERIOR) DE RODILLA DERECHA”*, le fueron ordenadas 10 sesiones de terapia,

examen de resonancia magnética, medicamentos, recomendaciones laborales y cita de control para el 19 de septiembre siguiente; que el 10 de agosto de 2019 se le practicó examen de egreso arrojando como resultado hallazgos que debían ser evaluados por la entidad de salud; que el 26 de septiembre de 2019 la ARL Seguros Bolívar emitió orden de cirugía de remodelación meniscal, procedimiento quirúrgico realizado el 13 de noviembre de 2019, tras lo cual le fueron otorgadas incapacidades medicas hasta el 12 de marzo de 2020.

Señaló que, con ocasión de una acción de una tutela, el Juzgado Cuarto (4) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Soacha en sentencia del 30 de enero de 2020 ordenó su reintegro, medida cumplida por la demandada el 7 de febrero siguiente. Sin embargo, que el fallo fue revocado en segunda instancia, y la empresa procedió a cancelar nuevamente el contrato y le solicitó la devolución de los dineros pagados, los cuales no ha reintegrado; y que al momento de la presentación de la presente demanda sigue convaleciente, recuperándose de la cirugía y con restricciones de movilidad (*pág. 1 a 6 y 69 a 74, archivo “01. EXPEDIENTE DIGITAL 2020-00255”, subcarpeta “2.1Anexos”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

KOBACOLOMBIA S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo con el demandante, el cargo, el último salario devengado, la terminación del contrato de trabajo por justa causa, la presentación de los recursos contra dicha decisión y sus respuestas, la intervención quirúrgica del actor, el reintegro con ocasión de un fallo de tutela, la revocatoria de dicha sentencia, la desvinculación del demandante y la solicitud de devolución de dineros. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, pago, compensación y prescripción (*pág. 1 a 52, archivo “KOBACOLOMBIA S.A.S. Contestación Demanda-44-32”, subcarpeta “011a.AnexosContestacion”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:23:07, archivo "013.1Audiencia09diciembre2021")

El 09 de diciembre de 2021, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"PRIMERO: ABSOLVER a la demandada KOBIA COLOMBIA SAS, de las pretensiones incoadas en su contra por parte de HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO, conforme a lo considerado. **SEGUNDO: COSTAS** a cargo del señor demandante. **TERCERO:** De no ser apelada la presente sentencia, se ordena se surta grado jurisdiccional de CONSULTA y se revise la totalidad de la decisión, a favor del señor demandante, dado que las resultas del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones."

Como sustento de su decisión el Juez, fundamentada en jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia, dijo que en este caso el empleador conocía que el demandante había sufrido un accidente laboral y debido a ello tuvo incapacidad por 4 días entre el 24 de mayo y 27 de mayo de 2019, por esguince de rodilla derecha, pero que no evidenció en el expediente otra atención médica que haya tenido el actor con anterioridad a la terminación del contrato. Y si bien el accionante acudió el 5 de agosto a una cita médica donde le ordenaron terapias físicas, resonancia magnética de rodilla, recomendaciones laborales, medicamentos y una cita de control con resultados, ello tuvo lugar con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, aspecto que corroboró con el testimonio recaudando. Que tampoco se acreditó que a la terminación del contrato el trabajador presentaba dolencias que le impidieran desempeñar las funciones para las cuales había sido contratado, o restricciones que limitaran su productividad, por lo que dedujo que no era beneficiario de estabilidad laboral reforzada ya que la misma no se configuró.

Además, que en la carta de terminación se informó al actor que incurrió en faltas graves contempladas en el reglamento de trabajo y en el CST, ya que debía cumplir con todos los procesos estipulados por la compañía, es decir, la demandada alegó la existencia de una causal objetiva para la terminación del vínculo contractual.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de **HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO** interpuso recurso de apelación. Adujo que se desconoció la condición de salud que en su momento padecía el demandante frente al accidente sufrido, la cita médica pendiente para valoración y posterior análisis que concluyó con la cirugía, y que no se tuvo en cuenta lo manifestado por el actor en cuanto a que en poder de la parte demandada se tenía conocimiento de que existía una prueba como lo fue la cita donde se le iba a hacer esa valoración (*min. 01:24:09, archivo "013.1Audiencia09diciembre2021"*).

Si bien el apoderado del demandante manifestó la intención de ampliar el objeto de recurso en los 5 días siguientes a la diligencia, término en el cual presentó el referido escrito (*archivo "014EscritoRecursoApelacion"*), dicha etapa se encuentra proscrita frente a la apelación de las sentencias en el procedimiento laboral, puesto que la inconformidad en contra de la decisión que resuelve la primera instancia solo es posible manifestarla de forma oral al momento en que se produce su notificación en audiencia pública, según los presupuestos del artículo 66 del CPTSS. Diferente situación se predica de las providencias interlocutorias dictadas por escrito que si se pueden impugnar posteriormente¹.

Por tal motivo, la Sala resolverá la alzada teniendo en cuenta exclusivamente los argumentos expuestos oralmente por la parte actora.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 de Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada solicitó la confirmación de la sentencia.

No hubo pronunciamiento del demandante.

¹ Artículo 65, Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social.

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

Le corresponde a la Sala definir si el demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por razones de salud al momento de la terminación de su vínculo contractual.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que entre **HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO** y su empleador **KOBACOLOMBIA S.A.S.** existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de septiembre de 2017 para desempeñar el cargo de “auxiliar de bodega y conductor” (archivo “Anexo 6.3.1. - ContratodeTrabajo”, subcarpeta “011a.AnexosContestacion”), vínculo que se mantuvo vigente, de forma interrumpida, hasta el 1° de agosto de 2019, fecha última en que se dio por terminado el contrato de forma unilateral por parte del empleador, aduciendo justa causa (archivo “Anexo 6.3.8. CartaTerminaciónContrato”).

- 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 válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como se reafirmó 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 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 cubre 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 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 estableció 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.

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.

No obstante, recientemente el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria precisó que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 y de la Ley estatutaria 1618 de 2013 (27 de febrero de 2013). Además, que la estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren los siguientes elementos: i) la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo; ii) la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; iii) y que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. Que, por tal motivo, el trabajador tiene derecho a que esas barreras, comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo, entendidos estos ajustes como *“una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo”* (SL1152-2023).

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo 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 entrada en vigencia de la Ley 1618 de 2013 paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, de mediano o largo plazo, 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, la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL1360 de 2018 y SL1152 de 2023, señaló que corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad o deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y la existencia de una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que le impidieron ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás, 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 que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato, 1° de agosto de 2019, acaeció luego de la entrada en vigencia de la Ley 1618 de 2013, lo cual ocurrió el 27 de febrero de 2013, correspondía al demandante acreditar que al momento del despido se encontraba en situación de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano o largo plazo, y presentaba una barrera de tipo actitudinal, social, cultural o económico, que implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo en condiciones de igualdad con los demás, y que dichos aspectos hayan sido conocidos por el empleador.

Para el efecto, el recurrente cuestiona que el fallo de instancia desconoció la condición de salud que padecía por el accidente laboral,

que no se tuvo en cuenta la cita médica que tenía programada para su valoración y que la parte demandada tenía conocimiento de esa cita.

Al revisar el expediente se tiene que el 22 de mayo de 2019 **HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO** sufrió un accidente de trabajo (*archivos “Anexo 6.3.3. ReporteAccidente” y “Anexo 6.3.4. ReporteInterno-Compensar”, subcarpeta “011a.AnexosContestacion”*), situación que le generó una incapacidad médica de cuatro días, desde el 24 de mayo al 27 de mayo de 2019, por el diagnóstico de “*ESQUINCE DE RODILLA DERECHA*” (*archivo “Anexo 6.3.5. Incapacidad”, subcarpeta “011a.AnexosContestacion”*). Desde el día siguiente al vencimiento de la referida incapacidad no obra valoración clínica o procedimental que diera cuenta del estado de salud del actor, pues los documentos aportados con la demanda (*pág. 7 a 17 y 38 a 48, archivo “01. EXPEDIENTE DIGITAL 2020-00255”, subcarpeta “2.1Anexos”*) hacen referencia a atenciones médicas realizadas con posterioridad al 1° de agosto de 2019, fecha de terminación del contrato. Es decir, no se adosaron pruebas conducentes a demostrar la condición o la alteración de la salud de **HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO**, con ocasión el accidente de trabajo, tampoco los tratamientos recibidos o pendientes de recibir al momento de la ruptura del vínculo contractual.

Del análisis de estas pruebas, y las demás que reposan en el expediente, y del interrogatorio rendido por el demandante, para la Sala es evidente que durante el curso de la relación laboral **HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO** presentó una afección en su salud, con ocasión del infortunio laboral, situación plenamente conocida por el empleador.

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 cobija a todas las

personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor.

En este caso, el demandante a pesar del accidente de trabajo, no presentaba incapacidades a la fecha del retiro y dicha situación no le limitó el normal cumplimiento de su labor, pues así se infiere de lo manifestado por el actor en el interrogatorio (*min. 9:02, archivo "013.1Audencia09diciembre2021"*). Por tanto, no se había configurado deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, y tampoco existieron barreras que impidieran al trabajador el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás, tampoco se pueden inferir que estas se hayan presentado, por lo que en este caso el empleador no tenía la obligación de realizar *ajustes razonables* para procurar la integración al trabajo de **HEVER ALFONSO RODRIGUEZ MORENO**, dado que no se requerían, pues para ese momento no se habían presentado las alteraciones a la salud que se presentaron y agudizaron con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

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 o deficiencia, 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 y SL1152 de 2023, circunstancias que no se presentaron en el caso bajo estudio.

Además, no se allegaron ni se demostraron recomendaciones médico laborales y ergonómicas que señalaran la incompatibilidad de las dolencias del demandante con las actividades a desarrollar al interior de la compañía, de suerte que, en este asunto no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada, advirtiéndose que, en todo caso, la terminación del contrato fue por una justa objetiva que fue calificada

como imputable a trabajador, 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 el accidente de trabajo sufrido por el actor y la terminación del contrato. Por ello, resulta claro que dicha terminación obedeció a una causa legal prevista por el legislador, artículo 61, literal h, del CST, y no al estado de salud del trabajador.

Y finalmente, respecto de que en vigencia del contrato de trabajo el empleador tenía pleno conocimiento de que se encontraba pendiente de valoración médica por parte de la ARL, dicha circunstancia tampoco esta demostraba en el juicio, únicamente aparece la afirmación del demandante, sin que ella sea suficiente para su acreditación. En todo caso, se advierte que dicha circunstancia tampoco cambiaría la situación fáctica objeto de estudio pues, se reitera, el estado de salud del actor no le impidió el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En esos términos, dado que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada, se confirmará la decisión de primera instancia.

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 instancia por las razones expuestas 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. 23-2021-00441-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 los apoderados de la **DEMANDANTE** y de la demandada **FAMISANAR EPS**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a **FAMISANAR EPS** al pago de la suma de \$10.184.380 por concepto de incapacidades causadas entre el 08 de mayo de 2019 al 15 de junio de 2019 y a continuar reconociendo las que se sigan causando, debidamente indexadas; condenó a **COLPENSIONES** al pago de la suma indexada de \$3.846.598,98, por concepto de incapacidades causadas entre el 09 de octubre y el 28 de octubre de 2019 y entre el 27 de enero al 02 de octubre de 2020, absolvió a **FAMISANAR** y **COLPENSIONES** de las demás pretensiones, absolvió a **SEVICOL, ARL AXA COLPATRIA** y a la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a **FAMISANAR** y **COLPENSIONES** (carpeta “27 AUDIENCIAS”, min. 1:12:53 archivo “02Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

MARIELA GONZÁLEZ BARACALDO llamó a juicio a la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.**, a la **ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, con el fin de que se declare que la enfermedad que padece en su rodilla derecho con ocasión al accidente de trabajo es de origen laboral; en consecuencia, se ordene a **FAMISANAR** a pagar las incapacidades otorgadas causadas desde el 08 de mayo de 2019, por su prestación económica correspondiente al SMLMV que en forma continua se hayan causado desde el 22 de julio de 2021, sin perjuicio de las reconocidas los primeros 180 días de incapacidad, se condene a **AXA COLPATRIA** a pagar las incapacidades causadas con posterioridad al día 540 y se emitan las condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que labora al servicio de la empresa **SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA** desde el 09 de abril de 2018, desempeñando el cargo de Guarda de Seguridad, adscrita al Colegio Palestina Sede B en la ciudad de Bogotá y devengando un salario para el año 2018 de \$877.803. Dijo, que está afiliada en servicios de salud a la **EPS FAMISANAR** y al Sistema de Seguridad Social en pensiones a **COLPENSIONES**.

Señaló que el día 20 de noviembre de 2018 a las 5:40 a.m., encontrándose en cumplimiento de las funciones asignadas, sintió de manera súbita un fuerte traqueo con luxación en su rodilla derecha, siendo asistida por su compañero de trabajo, quien informó lo ocurrido al Supervisor, este a su vez reportó el accidente a la empresa **SEVICOL LTDA**; asimismo, dijo que fue trasladada a la CRUZ COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ, señalando que la Institución no cumplió con los requerimientos que ameritaba la lesión y que el accidente fue reportado a **AXA COLPATRIA** por el empleador responsable, quien equivocadamente consignó que la lesión sufrida fue en el pie derecho, lo que hizo incurrir en error a la ARL y a la EPS.

Continuó informando que, mediante dictamen No. 4104747 del 27 de diciembre de 2018, la **EPS FAMISANAR** determinó el diagnóstico *S936 ESGUINCES Y TORCEDURAS DE OTROS SITIOS Y DE LOS NO ESPECIFICADOS DEL PIES* de lateralidad derecha, de origen laboral. Seguidamente, **AXA COLPATRIA** notificó el dictamen No. 26501 del 15 de abril de 2019 con un porcentaje de 0,00% de PCL para los diagnósticos de S936, M65 y M232, frente al cual presentó inconformidad el 10 de mayo de 2019, a la que **AXA COLPATRIA** informó que el accidente de trabajo se encuentra en revisión; reiterando la inconformidad en escritos radicados los días 21 de mayo y 06 de junio de 2019, a lo que la ARL respondió que la solicitud radicada el 10 de mayo de 2019 no era una apelación sino una queja y solicitud de prestaciones asistenciales, por lo que la comunicación enviada el 04 de junio se encuentra en firme, informando con posterioridad que hasta tanto la **JUNTA REGIONAL** no defina la controversia las prestaciones asistenciales y económicas deben ser tramitadas ante la EPS.

De igual, señaló que solicitó a la empresa **SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA** la corrección de la inconsistencia en el reporte del AT, petición negada por la sociedad. Asimismo, solicitó ante **AXA COLPATRIA** el pago de incapacidades desde el 08 de mayo de 2019 al 03 de octubre de 2020, la que fue negada por la ARL en razón a que ya cuenta con calificación de pérdida de capacidad laboral.

Para finalizar, manifestó que le han sido reconocidas incapacidades continuas en los últimos tres años y que ha tenido que utilizar muletas para sus desplazamientos, circunstancias que ha puesto en conocimiento de la empresa **SEVICOL LTDA**, no obstante, su empleador se ha negado a pagar sus salarios desde hace aproximadamente dos años y **COLPENSIONES** tampoco ha reconocido las incapacidades emitidas por **FAMISANAR**; habiendo radicado derecho de petición ante aquella entidad el 13 de enero de 2021, contestado el 26 de enero de 2021 (archivo “*MEMORIAL*”).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.** dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones primera declarativa y primera, segunda y cuarta condenatorias y oponerse a las demás. Expresó que son ciertos los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1, 4, 5, 11, 12, 35 y 41, y no ser ciertos o no constarle los demás, aceptando la vinculación laboral de la demandante con la empresa **SEVICOL LTDA**, la afiliación de la demandante a esa EPS y a **COLPENSIONES**, la emisión del dictamen de determinación de origen No. 4104747 de fecha 27 de diciembre de 2018, la notificación por parte de **AXA COLPATRIA** del dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 26501, la radicación de los certificados de incapacidad ante **SEVICOL LTDA** y la orden No. 29797343 expedida por especialista en ortopedia y traumatología mediante la cual se remite a la demandante a consulta médica de valoración de pérdida de capacidad laboral por medicina laboral. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de **EPS FAMISANAR**, cobro de lo no debido, cumplimiento de las obligaciones a cargo de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, buena fe y la genérica (archivo “*CONTESTACION FAMISANAR*”).

A su turno, **SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, dijo ser ciertos los hechos de la demanda numerados 1, 2, 4, 5, 7, 9, 12, 20, 25, 27 y 35, admitiendo la relación laboral con la demandante, el cargo desempeñado, la afiliación a EPS y Administradora de Pensiones, la ocurrencia del accidente de trabajo, el informe reportado ante la ARL, la notificación del dictamen No. 26501, la solicitud de aclaración del origen de las incapacidades elevada el 15 de junio de 2019, la radicación de derecho de petición por la demandante el 21 de abril de 2020, la respuesta a la solicitud y la presentación de las incapacidades. Invocó como excepciones las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de error en el error en el reporte del incidente ante la ARL, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (archivo “*CONTESTACION DEMANDA SEGURIDAD VIGILANCIA*”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, aceptó como cierto el hecho 5° de la demanda, aceptando la afiliación de la demandante a esa Administradora; se opuso a la pretensión segunda declarativa y segunda y quinta condenatorias, manifestando no allanarse ni oponerse a las demás por cuanto no van dirigidas en su contra. Para cimentar su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de causa para demandar, validez del dictamen de pérdida de capacidad laboral, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica (archivo “*CONTESTACION COLPENSIONES*”).

Por último, **AXA COLPATRIA**, se opuso a las pretensiones, admitió como ciertos los hechos 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 29, 30 y 31, aceptando la notificación de los dictámenes, las peticiones elevadas por la demandante y sus respuestas. Formuló las excepciones de presunción legal de enfermedad de origen común, falta de cobertura por ausencia de calificación de origen laboral como requisito básico, ausencia de legitimación por pasiva por ausencia de relación de causalidad que permita establecer origen laboral de las patologías de la demandante por las cuales acciona, dictamen en firme, cumplimiento de obligaciones por parte de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, ausencia de mora, prescripción y la genérica (archivo “*CONTESTACION AXA*”).

Habiendo sido notificada en debida forma, la demandada **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** guardó silencio, por lo que mediante auto dictado el 03 de junio de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por su parte (archivo “*AUTO FIJA FECHA*”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(carpeta “*27 AUDIENCIAS*”, min. 38:51 archivo “*02Audiencia*”).

El 10 de agosto de 2022, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO: CONDENAR** a FAMISANAR EPS a reconocer a MARIELA GONZÁLEZ BARACALDO la suma de \$10.184.380 por concepto de incapacidades causadas por los siguientes periodos: 08/05/2019 hasta 06/06/2019; 12/06/2019 hasta 08/07/2019; 09/07/2019 hasta 20/07/2019; 03/10/2020 hasta 31/12/2020; 01/01/2021 hasta 31/12/2021; 01/01/2022 hasta 15/06/2022, y a continuar reconociendo las incapacidades continuas que se sigan causando a favor de la demandante con posterioridad a dicha fecha, siempre y cuando obviamente se establezcan dichos orígenes por estas patologías. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora demandante la suma de \$3.846.598 por las incapacidades temporales reconocidas por los siguientes periodos: 09/10/2019 hasta 28/10/2019; 01/01/2020 hasta 02/10/2020. **TERCERO: ABSOLVER** a la EPS FAMISANAR y a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en la demanda. **CUARTO: ABSOLVER** a SEVICOL, AXA COLPATRIA S.A. y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. **QUINTO: COSTAS** a cargo de las demandadas FAMISANAR EPS y COLPENSIONES y a favor de la señora demandante. Decisión notificada en estados (...)”.*

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer el origen de las patologías diagnosticadas a la demandante, y si como consecuencia de ello, procede el reconocimiento y pago de incapacidades desde el 08 de mayo del 2019 y las incapacidades posteriores al día 540, esto es a partir del 02 de febrero de 2021.

Para resolver, el Juez se refirió a la calificación de origen y PCL, considerando que para determinarla se debe seguir el procedimiento establecido en el manual único de calificación expedido por el Gobierno Nacional que impone la verificación de aspectos técnicos y científicos que escapen de la órbita del juez laboral, por lo que es imperativo acudir a los medios técnicos y auxiliares de la justicia, carga probatoria que se encuentra en cabeza de la actora, concluyendo que en el proceso no obra prueba que desvirtúe lo establecido por la **EPS FAMISANAR** en dictamen No. 4104747 del 27 de diciembre de 2018, el cual estableció que el diagnóstico de esguinces y torceduras de otros sitios no especificados es de origen laboral y con ocasión al accidente laboral sufrido por la demandante. Señaló que tampoco hay prueba que desvirtúe el concepto

emitido por la **ARL AXA COLPATRIA** en el dictamen No. 26501 del 15 de abril de 2019, con el cual se estableció que las dolencias en la rodilla derecha de la demandante consistentes en sinovitis y tenosinovitis, trastorno del menisco y esguinces eran de origen común, enfatizando el Juez de primer grado que una cosa es el accidente y otra cosa son las demás enfermedades padecidas por la demandante.

Aunado a lo anterior, puntuó que en la valoración realizada por **AXA COLPATRIA** se verificó de manera íntegra la historia clínica de la demandante sin limitarse al momento del accidente y halló la ARL que anterior al suceso la demandante había consultado por molestias en su rodilla y que las patologías son de tipo degenerativo. Frente al interrogatorio de parte, señaló que como la demandante negó vehementemente haber consultado por dolencias en su rodilla en el año 2017, solicitó la historia clínica de la demandante a FAMISANAR, documentos que fueron aportados e incorporados en su debido momento y de los cuales se extrae que la demandante acudió al centro médico Ciudadela los días 07 de noviembre, 27 de noviembre y 12 de diciembre de 2017 y 19 de enero de 2018 por persistencia en dolor de piernas y rodillas, con lo que desvirtuó los dichos de la demandante, absolviendo a las demandadas por tales pretensiones.

En relación con el pago de incapacidades, indicó que la demandante comenzó a ser incapacitada por sus dolencias en rodilla el 06 de abril de 2019 hasta el 02 de marzo de 2022 y se emitió concepto favorable de recuperación el 17 de octubre de 2019, por lo que los dos primeros días de incapacidad le corresponden al empleador y del día 03 al 180, esto es del 08 de abril de 2018 al 08 de octubre de 2019 a la EPS demandada, del día 181 a 540, esto es del 09 de octubre de 2019 al 02 de octubre de 2020 al fondo de pensiones y del 541 nuevamente a la EPS, verificando que **FAMISANAR** ya reconoció y pagó incapacidades del día 03 al 180, a excepción de las comprendidas entre el 08 de mayo y el 20 de julio de 2019 y entre el 01 al 8 de octubre de 2019.

Asimismo, que **COLPENSIONES** ya pagó 60 días de incapacidad comprendidas entre el 29 de octubre de 2019 el 26 de enero de 2020, por lo que se encuentran pendiente de pago por parte de esa administradora

las incapacidades del 09 al 28 de octubre de 2019 y del 27 de enero al 02 de octubre de 2020, y las incapacidades posteriores al día 540 que corresponden al 03 de octubre de 2020 ya fueron radicadas en la EPS pero no ha sido pagadas, le corresponden a la **EPS FAMISANAR**, agregando que como las patologías son de origen común no procede condena a cargo de **ARL AXA COLPATRIA**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación solicitando sea revocado el fallo de primera instancia, considerando que no hubo una suficiente valoración probatoria frente a lo dicho por la CRUZ ROJA COLOMBIANA, lo consignado por la CLÍNICA VIP y la certificación de la CLÍNICA COLSUBSIDIO, en la cual se dijo que la demandante para el año 2018 solo consultó por una cita odontológica, mas no por dolor de rodillas; asimismo, dijo la apelante que **ARL AXA COLPATRIA** ha desprotegido a la demandante aun cuando el accidente ocurrió en el sitio de trabajo (carpeta “27 AUDIENCIAS”, min. 1:14:36 archivo “02Audiencia”).

Por su parte, la apoderada de la demandada **FAMISANAR** impetró recurso de apelación parcial, únicamente en lo relativo a las incapacidades que en forma continua se causaron desde el día 08 de mayo al 20 de julio de 2019, estas son las Nos. 141040, 197566, 202237 219994 y 235249, indicando que estas fueron expedidas por un evento de origen accidente de trabajo por lo que se encuentran a cargo del sistema de riesgos laborales (carpeta “27 AUDIENCIAS”, min. 1:18:41 archivo “02Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó la revocatoria de la totalidad de la sentencia de primera instancia, ratificando los hechos y pretensiones de la demanda y los argumentos de la alzada, alegando que la ARL debe responder por el accidente de origen laboral que sufrió la demandante el 20 de noviembre de 2018. A su turno, el apoderado de

COLPENSIONES pidió que se revoque el fallo, refiriendo la existencia de falta de legitimación en la causa como quiera que la demandante cuenta con concepto de rehabilitación CRE con pronóstico favorable, por lo que solo le correspondía a la entidad el pago de las incapacidades comprendidas entre el 29 de octubre de 2019 al 26 de enero de 2020, para un total de 60 días las cuales ya pagó. La apoderada de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, reiteró que su inconformidad recae solamente en lo que respecta a la condena impuesta por el pago de las incapacidades correspondientes al periodo comprendido entre el 08/05/2019 al 20/07/2019, toda vez que no se encuentran a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por último, la apoderada de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, pidió la ratificación de la sentencia, alegando en general que esa ARL atendió el accidente de trabajo sufrido por la demandante y reconoció las prestaciones económicas y asistenciales a las que tenía derecho.

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 dispone el artículo 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en grado jurisdiccional de consulta.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar el origen de las patologías diagnosticadas a la demandante, y si le asiste derecho al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad temporal ordenadas en el fallo de

primera instancia; en caso afirmativo, establecer cuál de las demandadas tienen a cargo dicha prestación económica.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARIELA GONZÁLEZ BARACALDO** labora al servicio de **SEVICOL LTDA.** desde el 09 de abril de 2018 ocupando el cargo de Guarda de Seguridad, adscrita al Colegio Palestina Sede B en esta ciudad de Bogotá (Pág. 22, archivo “PRUEBAS”); **ii)** El 21 de noviembre de 2018, el empleador reportó ante la **ARL AXA COLPATRIA** un accidente sufrido por la demandante (Pág. 25, archivo “PRUEBAS” y Pág. 46, archivo “CONTESTACION AXA”); **iii)** El 27 de diciembre de 2018, la **EPS FAMISANAR**, mediante dictamen No. 4104747 calificó en primera oportunidad la patología *S936 ESGUINCES Y TORCEDURAS DE OTROS SITIOS Y DE LOS NO ESPECIFICADOS DEL PIE de lateralidad DERECHA* de la demandante, como de origen laboral (Pág. 26 a 30, archivo “PRUEBAS”); **iv)** El 15 de abril de 2019 **AXA COLPATRIA**, mediante dictamen No. 26501 determinó una PCL del 0,00%, estableciendo como accidente de trabajo las patologías de *S936 ESGUINCES Y TORCEDURAS DE OTROS SITIOS Y DE LOS NO ESPECIFICADOS DEL PIE y M621 OTROS DESGARROS (NO TRAUMÁTICOS) DEL MÚSCULO* y como enfermedades de origen común los diagnósticos de *M65 SINOVITIS Y TENOSINOVITIS y M232 TRASTORNO DEL MENISCO DEBIDO A DESGARRO O LESIÓN ANTIGUA* (Pág. 31 a 34, archivo “PRUEBAS” y Pág. 38 a 45, archivo “CONTESTACION AXA”).

- Sobre el procedimiento de calificación de origen y de calificación integral de pérdida de capacidad laboral.

Los procedimientos de calificación de origen y de calificación integral de pérdida de capacidad laboral son trámites regulados, por cuanto la legislación de la seguridad social establece etapas, términos e instituciones facultadas para adelantar los mismos.

El dictamen de calificación de origen busca resolver las controversias sobre la causa de un evento o patología y de ese modo establecer el subsistema de seguridad social responsable de las

prestaciones derivadas de aquella situación. El artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994, establece que toda patología, accidente o muerte no calificada como de origen laboral se considera de origen común, siendo responsable de esta primera calificación la IPS que atiende el caso, mientras que la ARL será responsable de calificar el origen en segunda instancia y en caso de surgir discrepancias, aquellas serán resueltas por la junta integrada por la ARL y EPS y de persistir la diferencia se aplicará el procedimiento del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez, el artículo 7 del Decreto 1771 de 1994 remite al procedimiento del artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994 para resolver toda controversia sobre el origen del accidente, enfermedad o muerte de un afiliado al Sistema de Riesgos Laborales.

Por su parte, el dictamen de calificación integral de pérdida de capacidad laboral busca establecer si se configura el estado de invalidez, para lo cual se aplica el procedimiento técnico científico dispuesto en el Manual único para la Calificación de Invalidez. Es así como el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 faculta a COLPENSIONES, las ARL, las compañías de seguro que asumen el riesgo de invalidez y muerte y las EPS para calificar, en primera oportunidad, el grado de invalidez y su origen y en caso que el interesado no esté de acuerdo, podrá presentar su inconformidad dentro de los 10 días siguientes, tras lo cual la Entidad que calificó deberá remitir el expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez respectiva dentro de los 5 días siguientes, quien adoptará la decisión que a su vez será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dentro de los 5 días siguientes, concluyendo que contra las precitadas decisiones proceden las acciones legales.

Ambos procedimientos de calificación buscan que la decisión sea adoptada de manera técnica e interdisciplinar, con base en criterios objetivos y científicos de tipo médico, ocupacional y jurídico, procedimiento en el cual se considera la definición de accidente de trabajo y enfermedad laboral adoptada en los artículos 3° y 4° de la Ley 1562 de 2014, la tabla de enfermedades laborales actualmente adoptada en el Decreto 1477 de 2014 y el Manual Único de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional del Decreto 1507 de 2014, así como

el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez del Decreto 1352 de 2013, normas compiladas en el Decreto 1072 de 2015.

Así mismo, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, expidió diferentes Resoluciones para adoptar las *Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional – GATISO* hoy GATISST, como documentos de obligatoria referencia para las ARL, EPS, IPS y empleadores para la prevención de los daños a la salud por causa o con ocasión del trabajo, las cuales han sido consideradas por la jurisprudencia de las Altas Cortes como medios de prueba para evaluar la existencia de exposición a factores de riesgos en los litigios donde se debate el origen de una patología, accidente o muerte.

Realizadas las anteriores precisiones normativas, y una vez analizado en conjunto el material probatorio recaudado, es claro que el origen de las patologías llamadas *S936 ESGUINCES Y TORCEDURAS DE OTROS SITIOS Y DE LOS NO ESPECIFICADOS DEL PIE* y *M621 OTROS DESGARROS (NO TRAUMÁTICOS) DEL MÚSCULO* ya han sido determinadas como de tipo laboral y derivan de la ocurrencia del accidente de trabajo suscitado en el mes de noviembre de 2018; así fue establecido por la entidad prestadora del servicio de salud **FAMISANAR**, y frente a ello existe aquiescencia tanto de la accionante, como de la ARL demandada.

En este punto conviene precisar, dado el origen profesional establecido a tales diagnósticos, conforme lo prevé el art. 1º de la ley 776 de 2002¹, el reconocimiento de todas los servicios asistenciales y de las prestaciones económicas que puedan provenir de aquellos, consagrados en dicha norma y en el Decreto 1295 de 1994, deben ser asumidos por el Sistema General de Riesgos Laborales, que en este caso corresponde a la accionada **AXA COLPATRIA**; obligación que en autos quedó plenamente acreditada por la encartada, pues suministró a la

¹ **ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.** “Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.(...)”

demandante la atención médica necesaria desde el día en que ocurrió el accidente de trabajo, 20 de noviembre de 2018 (Pág. 47 a 47, archivo “*CONTESTACION AXA*”), pagó las incapacidades temporales reconocidas desde dicha data y hasta el 11 de junio de 2019, correspondientes a 32 días, por un valor de \$1.517.813 (Pág. 75 a 76, archivo “*CONTESTACION AXA*”); aunado, dichas patologías fueron calificadas con un 0,00% de PCL. Siendo lo dicho suficiente para derribar el punto esbozado por la apelante consistente en que **AXA COLPATRIA** quedó exonerada o excluida de su responsabilidad frente a la ocurrencia del accidente de trabajo.

Ahora, caso contrario sucede con el origen de las enfermedades denominadas *M65 SINOVITIS Y TENOSINOVITIS* y *M232 TRASTORNO DEL MENISCO DEBIDO A DESGARRO O LESIÓN ANTIGUA*, pues considera la demandante que las mismas sobrevienen del referido evento laboral y de su actividad profesional; no obstante, a juicio de esta Sala de decisión, en el presente asunto no se logró establecer que dichas patologías fueran de origen laboral, como se determinó en el dictamen emitido por la **ARL AXA COLPATRIA**, pues en verdad ningún medio probatorio logró acreditar que ello fuera así, y contrario a ello, se pudo verificar que la decisión adoptada por la ARL demandada en el dictamen No. 26501 de fecha 15 de abril de 2019, se fundó en el análisis íntegro de la epicrisis o resumen de la historia clínica de la demandante desde el año 2015, en el estudio de exámenes paraclínicos y en el reporte del accidente de trabajo, y sobre todo, en aplicación de los criterios técnicos y legales correspondientes.

Lo anterior, por cuanto una vez examinado minuciosamente el dictamen objeto de discrepancia, se observa que contrario a lo alegado por la recurrente, la ARL demandada sí tuvo en cuenta la atención inicial que recibió la demandante por la CRUZ ROJA COLOMBIANA, así como por la CLÍNICA DE ORTOPEDIA Y ACCIDENTES LABORALES, donde fue valorada por la especialidad de Ortopedia y refirió la paciente que siempre ha persistido el dolor en la rodilla derecha, asistiendo a citas por tal molestia a partir de octubre de 2017, esto es, con antelación a la ocurrencia del accidente laboral. Ello, sumado a los resultados de los exámenes diagnósticos practicados a la demandante y las observaciones

consignadas por los galenos tratantes, dentro de las cuales se resalta la del Ortopedista, Dr. Manuel Alberto Bonilla, quien consideró que la lesión de menisco es de características aparente degenerativas.

Nótese además, a este propósito los únicos medios de prueba que solicitó la parte actora correspondieron a las documentales aportadas con el libelo introductorio y al testimonio del señor ALEX ARRIETA ROMERO, siendo que tales pruebas resultan carentes de la fuerza demostrativa necesaria para derruir el dictamen emitido por **AXA COLPATRIA**, máxime cuando el deponente informó que no estuvo presente en el momento en que ocurrió el accidente, limitándose a socorrer a la demandante cuando ésta pidió ayuda y a reportar el suceso a su Supervisor, pues tuvo que retirarse del lugar para entregar turno y que nunca observó que la demandante sufriera algún defecto en sus rodillas.

Vale destacarse, la carga de la prueba relacionada con la demostración de los supuestos de hecho base de las súplicas que se reclaman, correspondía única y exclusivamente a la parte que suscita la controversia, deber probatorio que desde ningún punto de vista resulta caprichoso ya que el mismo se encuentra gobernado no sólo por disposiciones legales sino por principios básicos a saber: "*onus probandi incumbit actori*", al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; "*reus, in excipiendo, fit actor*", el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, "*actore non probante, reus absolvitur*", según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción; principios recogidos en nuestra legislación sustancial, de acuerdo al art. 167 CGP, que responde principalmente a la exigencia para la persona que afirma algo de justificar lo afirmado con el fin de persuadir a otros sobre su verdad.

Entonces, incumbe a quien tiene interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hecho afirmados o negados desplegar la actividad probatoria para que el juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo que el deber de aportar oportunamente las pruebas al proceso, está en cabeza de la parte interesada en obtener una

decisión favorable; es decir, correspondía a la parte actora, demostrar por el medio regular, oportuno y eficaz de prueba, que el origen de sus enfermedades era de índole laboral y no común, pero como ello no fue así, deben rechazarse los argumentos que al respecto expuso la apoderada de la demandante en el recurso de alzada.

- Sobre el auxilio monetario de incapacidad por enfermedad general.

El artículo 227 CST, consagró un auxilio monetario por incapacidad general hasta por 180 días a favor del trabajador y a cargo del empleador, obligación que fue subrogada por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, que consagró dicho auxilio a favor de los afiliados cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto del pago, el Decreto 2943 de 2013, estableció que las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general estará a cargo del empleador y del día 3 a 180 a cargo de la EPS. Así mismo, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, obliga a la EPS a proferir el concepto de rehabilitación antes del día 120 y a notificarlo a la administradora de pensiones antes del día 150, requisitos que de cumplirse implican que sea esta última quien asuma el pago del subsidio por incapacidad temporal desde el día 181 y hasta por 360 días adicionales. En cuanto las incapacidades superiores al día 540, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, establece su reconocimiento y pago a cargo de la EPS, sin perjuicio del recobro ante la ADRES, norma respecto de la cual la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-144 de 2016 que es de aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad material, aspecto que reiteró la Alta Corporación en la sentencia C-200 de 2019.

En la sentencia T-246 de 2018 la H. Corte Constitucional reiteró que el pago del auxilio de incapacidad de origen común entre el día 181 a 540 está a cargo del Fondo de pensiones independientemente de si el concepto de rehabilitación fue o no favorable, postura que ya había sido

expuesta en las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

Así mismo, en la precitada sentencia T-246 de 2018, la Corte determinó que si ya se practicó la calificación de pérdida de capacidad laboral y su resultado no permite causar la pensión de invalidez, también procede el pago del auxilio de incapacidad generado con posterioridad a dicha valoración, por cuanto es posible que el trabajador no logre su reintegro por su estado de salud, siendo responsable del pago la Entidad a quien le corresponda según el número de días acumulados, tal y como ya había ordenado dicha Corte en las sentencias T-920 de 2009, T-729 de 2012, T-140 de 2016.

- Sobre la acumulación de incapacidades.

El artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, establece que la incapacidad se prorroga cuando se expiden nuevas incapacidades por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con esta, así tengan un código diferente, siempre y cuando entre una y otra no exista una interrupción mayor a treinta (30) días calendario. Dicha disposición fue reiterada en el artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 780 de 2016, adicionado en virtud del Decreto 1333 de 2018.

Por su parte, el artículo 8° de la Resolución 2266 de 1998, exige que el certificado de incapacidad sea expedido por un médico u odontólogo adscrito a la EPS, por tanto, cuando es expedido por un profesional ajeno a dicha organización se debe realizar el trámite de transcripción, por el cual un funcionario competente traslada al formato de la EPS el certificado expedido por el tercero, a fin de reconocer efectos a dicha incapacidad.

Pues bien, en esta instancia no se discute que la demandante ha venido siendo incapacitada por su EPS desde el 06 de abril de 2019 (Carpeta “29 MEMORIAL RESPUESTA REQUERIMIENTO”, Pág. 49 a 53, archivo “MEMORIAL”), constituyendo el único punto de apelación de la demandada **FAMISANAR** el relacionado con las incapacidades que a continuación se relacionarán, tras considerarse que estas tienen como

origen *Accidente de Trabajo*, por lo que no se encuentran a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

No.	No. Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Final	Código Diagnóstico	Días
1	141040	8/05/2019	6/06/2019	S835	30
2	197566	7/06/2019	11/06/2019	M233	5
3	202237	12/06/2019	25/06/2019	S835	14
4	219994	26/06/2019	10/07/2019	S835	15
5	2355249	11/07/2019	20/07/2019	S835	10

No obstante, una vez consultada la Tabla de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Decima Revisión (CIE-10), se verifica que tales incapacidades fueron concedidas a la demandante por los diagnósticos denominados *S835 ESGUINCES Y TORCEDURAS QUE COMPROMETEN EL LIGAMENTO CRUZADO (ANTERIOR) DE LA RODILLA* y *M233 OTROS TRASTORNOS DE LOS MENISCOS*; comprendiendo esta Sala de Decisión que pese a que le asiste razón a la recurrente en cuanto a que en los certificados de incapacidad expedidos por la IPS COLSUBSIDIO se consignó: “*Clase de Incapacidad: Accidente de Trabajo*”, lo cierto es que aquellas derivan de los diagnósticos que aquejan a la demandante en su rodilla, recordándose que las patologías *M65 SINOVITIS Y TENOSINOVITIS* y *M232 TRASTORNO DEL MENISCO DEBIDO A DESGARRO O LESIÓN ANTIGUA* fueron determinadas como enfermedades comunes, sin que haya logrado la actora desvirtuar tal origen.

Así entonces, sin haber existido interrupción entre una y otra incapacidad, es evidente que las mismas tienen relación directa con el diagnóstico de origen común, por lo que son producto de enfermedad general.

En ese orden, y recordándose que la EPS asume el pago del día 3° al día 180 de incapacidad, siempre y cuando emita el dictamen de rehabilitación antes del día 120, es claro que la **EPS FAMISANAR** inexcusablemente debe reconocer y pagar el subsidio por incapacidad temporal que aquí nos ocupa, es decir, las causadas entre el 08 de mayo de 2019 y el 20 de julio de 2019, pues las mismas se encuentran dentro de tal rango de tiempo (día 3 a 180), sobre lo cual no hay discusión.

Sin embargo, se advierte que la orden del *a quo* no fue suficientemente clara respecto a las incapacidades que deben ser reconocidas y pagadas por **FAMISANAR**, en especial frente a los periodos de tiempo en los cuales se causaron las incapacidades, pues incluso de su dicho podría inferirse que hubo interrupción entre una y otra. Recordemos, el Juez de primer grado condenó a esa EPS a pagar a la demandante “(...) la suma de \$10.184.380 por concepto de incapacidades causadas por los siguientes periodos: 08/05/2019 hasta 06/06/2019; 12/06/2019 hasta 08/07/2019; 09/07/2019 hasta 20/07/2019; 03/10/2020 hasta 31/12/2020; 01/01/2021 hasta 31/12/2021; 01/01/2022 hasta 15/06/2022, y a continuar reconociendo las incapacidades continuas que se sigan causando a favor de la demandante con posterioridad a dicha fecha, siempre y cuando obviamente se establezcan dichos orígenes por estas patologías (...)” (Subraya de la Sala), siendo que como quedó visto, las incapacidades causadas entre el 08 de mayo al 20 de julio de 2019, fueron las siguientes:

No.	No. Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Final	Días
1	141040	8/05/2019	6/06/2019	30
2	197566	7/06/2019	11/06/2019	5
3	202237	12/06/2019	25/06/2019	14
4	219994	26/06/2019	10/07/2019	15
5	2355249	11/07/2019	20/07/2019	10

Ahora bien, aun cuando la condena impartida por el *a quo* relativa al pago de incapacidades futuras, causadas con posterioridad al 15 de junio de 2022 no fue motivo de apelación, conviene precisar que en virtud del artículo 67 de la ley 1753 de 2015, la EPS demandada deberá asumir el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad temporal superiores al día 540, siempre y cuando sean ordenadas en debida forma por su médico tratante, tengan su origen en las enfermedades denominadas *SINOVITIS Y TENOSINOVITIS* y/o *TRASTORNO DEL MENISCO DEBIDO A DESGARRO O LESIÓN ANTIGUA*, o por otra que tenga relación directa con estas, así tengan un código diferente; entre una y otra no exista una interrupción mayor a treinta (30) días calendario y sean debidamente radicadas ante la EPS con el lleno de los requisitos exigidos, sin perjuicio del recobro por parte de esta ante la ADRES.

En los anteriores términos, y aclarándose que no hay disparidad alguna entre las partes en lo que toca al monto de la condena, se modificará el numeral Primero de la Sentencia de Primera Instancia, en el sentido de condenar a la **EPS FAMISANAR S.A.S.** a reconocer y pagar el subsidio por incapacidad temporal correspondiente a los periodos referidos anteriormente, por valor de \$10.184.380, suma que deberá ser indexada a la fecha de su pago, así como las que se sigan causando en favor de la demandante con posteridad al 15 de junio de 2022, siempre y cuando sean ordenadas en debida forma por su médico tratante, tengan su origen en las enfermedades denominadas *SINOVITIS Y TENOSINOVITIS* y/o *TRASTORNO DEL MENISCO DEBIDO A DESGARRO O LESIÓN ANTIGUA*, o por otra que tenga relación directa con estas, así tengan un código diferente, entre una y otra no exista una interrupción mayor a treinta (30) días calendario y sean debidamente radicadas ante la EPS con el lleno de los requisitos exigidos, sin perjuicio del recobro por parte de esta ante la ADRES.

En otro giro, en lo atinente al grado jurisdiccional de consulta, conforme al precepto normativo señalado, **COLPENSIONES** esta legalmente obligada al pago de las incapacidades por las cuales fue condenada, en atención a la notificación del concepto de rehabilitación antes del día 150 de incapacidad, por lo que debe asumir el pago por los días 181 a 540 de incapacidad que, conforme lo decidió el *a quo*, corresponden al periodo comprendido entre el 09 de octubre de 2019 y el 02 de octubre de 2020; sin embargo, como se acreditó el pago de las incapacidades causadas entre el 29 de octubre de 2019 y el 26 de enero de 2020 (60 días), la condena se limita a las incapacidades expedidas entre el 09 de octubre y el 28 de octubre de 2019 y del 27 de enero al 02 de octubre de 2020.

Igualmente, en relación con el alegato de **COLPENSIONES**, es menester señalar que el pago del auxilio por incapacidad se debe efectuar independientemente de si el concepto de rehabilitación es o no favorable, conforme indicó la H. Corte Constitucional en las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010, T-401 de 2017, T-

246 de 2018, entre otras. Así mismo, la H. Corte Constitucional indicó que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 es de aplicación retroactiva, tal y como señaló en las sentencias T-144 de 2016, C-200 de 2019, y en ese orden, se rechaza tal argumento.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por los motivos de apelación, y lo que se sigue es la modificación de la sentencia de primera instancia, en los términos anteriormente expuestos.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la Sentencia de Primera Instancia, el cual quedará así: **CONDENAR** a la **EPS FAMISANAR S.A.S.** a pagar debidamente indexado a la demandante **MARIELA GONZÁLEZ BARACALDO** la suma de \$10.184.380, por concepto de subsidio por incapacidad temporal, correspondiente a los siguientes periodos:

8/05/2019	6/06/2019
7/06/2019	11/06/2019
12/06/2019	25/06/2019
26/06/2019	10/07/2019
11/07/2019	20/07/2019
03/10/2020	31/12/2020
01/01/2021	31/12/2021
01/01/2022	15/06/2022

Igualmente, deberá seguir reconociendo y pagando las incapacidades que se causen en favor de la demandante con posteridad al 15 de junio de 2022, siempre y cuando sean ordenadas en debida forma por el médico tratante, tengan su origen en las enfermedades denominadas *SINOVITIS Y TENOSINOVITIS* y/o *TRASTORNO DEL MENISCO DEBIDO A DESGARRO O LESIÓN ANTIGUA*, o por otra que

tenga relación directa con estas, así tengan un código diferente, siempre que entre una y otra no exista una interrupción mayor a treinta (30) días calendario y sean debidamente radicadas ante la EPS con el lleno de los requisitos exigidos, sin perjuicio del recobro por parte de la EPS ante la ADRES.

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 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 CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 23-2022-00429-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 presentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar la suma de \$7.064.402, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión vejez y costas procesales (*min. 23:06, archivo "014ActaAudiencia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

PEDRO JOANQUÍN RODRÍGUEZ MALDONADO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que cotizó en esa Entidad un total de 427 semanas, y se condene a la accionada a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión vejez conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, intereses

moratorios previstos en el artículo 14 *ibidem*, indexación, condenas *ultra y extra petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 21 de marzo de 1959, prestó sus servicios como docente al servicio del Magisterio de la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 21 de enero de 1992 al 21 de marzo de 2014, que mediante Resolución No. 004853 del 05 de agosto de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Boyacá le reconoció pensión de jubilación, efectiva a partir del 22 de marzo de 2014, en cuantía de \$2.114.459; dice que efectuó cotizaciones al ISS hoy **COLPENSIONES** acumulando un total de 427 semanas, por lo que le solicitó a la demandada el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez el 18 de agosto de 2021, la cual fue negada a través de Resoluciones SUB 171930 del 27 de julio de 2021 y SUB 331122 del 13 de diciembre de 2021, contra la cual presentó recurso de apelación, resuelto a través de Resolución DPE 1394 del 08 de febrero de 2022, confirmándose la anterior decisión. (pág. 1 a 3 archivo “01Demanda”).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Dijo ser ciertos los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 6, 7, 8, 9 y 10 y no ser ciertos o no constarle los demás, aceptando la fecha de nacimiento del demandante, la cantidad de semanas cotizadas al ISS, las solicitudes presentadas por el actor y los actos administrativos que negaron la prestación económica. Formuló las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación y la innominada o genérica (archivo “06ContestacionDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 09:25, archivo "13Audiencia20230425")

El 25 de abril de 2023, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a RECONOCER y PAGAR al señor PEDRO JOAQUIN RODRIGUEZ MALDONADO indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$7.064.402. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada. CUARTO: Costas a cargo de la demandada y a favor del demandante. (…)”

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el demandante cumple con los requisitos señalados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y de ser así, si el demandante tiene derecho al pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de su decisión, indicó que revisadas las pruebas aportadas y en especial la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** se evidenció que el demandante cuenta con 427 semanas cotizadas, el último aporte cotizado al sistema lo fue en diciembre de 2011 y tiene 62 años de edad, cumpliendo los requisitos requeridos para acceder al pago de la indemnización sustitutiva de conformidad con el art. 37 de la ley 100 de 1993. Para liquidar la prestación tuvo en cuenta un salario base de cotización semanal equivalente a \$177.705, un número de semanas de 427 y el promedio ponderado de 9.30%, obteniendo un valor por la indemnización sustitutiva de \$7.064.402. Frente a la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con la pensión de jubilación que percibe el demandante por aportes al fondo de aportes del Magisterio, recordó la

sentencia CSJ SL1698-2020, señalando que las dos prestaciones son completamente diferentes, pues tienen origen económico distinto, sin que la indemnización tenga el carácter de público.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su integridad, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, absteniéndose de condenar en costas a la demandada, con sustento en el art. 128 CP y art. 19 ley 4 de 1992, que señalan que nadie puede recibir más de dos asignaciones del tesoro público, considerando que el actor debió solicitar que los aportes que reposan en ese fondo entraran a financiar la pensión de jubilación. (*min. 23:45, archivo “archivo “13Audiencia20230425”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora María Alejandra Barragán Coava, identificada con CC 1.063.300.940 y TP 345.329 del CSJ, a quien se le reconoce y se le autoriza para actuar en tal calidad, y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada. Agotado el término, la apoderada del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

I. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a COLPENSIONES, en su calidad de administradora 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.

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

Le corresponde a la Sala definir si es compatible la indemnización sustitutiva de la pensión vejez en el RPM con la pensión de jubilación reconocida al demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, si como consecuencia de ello, **COLPENSIONES** debe reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión vejez debidamente indexada.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** PEDRO JOAQUÍN RODRÍGUEZ MALDONADO nació el 21 de marzo de 1959 (*pág. 14, archivo “01Demanda”*); **ii)** el demandante cotizó al ISS hoy COLPENSIONES entre el 04 de julio de 1980 al 31 de diciembre de 2011 un total de 427,57 semanas (*pág. 30 a 33, archivo “01Demanda”*); **iii)** la Secretaría de Educación de Boyacá mediante Resolución No. 004853 del 05 de agosto de 2014 le reconoció al demandante una pensión de jubilación en cuantía de \$2.114.279, a partir del 22 de marzo de 2014 (*pág. 35 a 37, archivo “01Demanda”*); **iv)** el afiliado solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y

pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez el 18 de agosto de 2021, la cual fue negada en Resoluciones SUB 331122 del 13 de diciembre de 2021) y DPE 1394 del 08 de febrero de 2022(*pág. 15 a 30, archivo “01Demanda”*).

- Compatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión vejez y las pensiones reconocidas por el Magisterio

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiéndole que las *“prestaciones a cargo, de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Sobre la compatibilidad entre las pensiones percibidas por docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las prestaciones económicas por cotizaciones al RPMPD y al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Magisterio y el pago del bono pensional a cargo de la Nación no representa una doble asignación a cargo del erario pues a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores, y por tanto tienen diferente fuente de financiación. Asimismo, ha señalado que una persona que preste sus

servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy **COLPENSIONES** no genera incompatibilidad alguna (*SL de fecha 6 de diciembre de 2011 radicado 40848, SL 451 de 2013, SL 3775 de 2021 y SL 1127 de 2022*).

- **Fundamentos normativos sobre la indemnización sustitutiva y su liquidación.**

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para los afiliados que una vez cumplida la edad de pensión no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas en la Ley para causar el derecho a la pensión de vejez, y declaren su imposibilidad de seguir realizando cotizaciones al Sistema de Pensiones. Dice la norma, que esta indemnización será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y que a este resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar esta prestación, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece: *“Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula: $I = SBC \times SC \times PPC$. Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los*

cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.

En cuanto la liquidación de la precitada indemnización, el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 aclaró que la determinación del promedio ponderado de los aportes corresponde al aporte cotizado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, motivo por el cual a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, norma que en su redacción original estableció que la tasa de cotización para la pensión de vejez sería del 8% en 1994, 9% en 1995, 10% a partir de 1996 y con la modificación que introdujo el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, en 2003 pasó a ser del 10,5%, en 2004 al 11,5%, en 2005 a 12%, en 2006 a 12,5% y desde 2008 en 13% conforme el Decreto 4982 de 2007.

CASO CONCRETO

Descendiendo al presente asunto, se tiene que a PEDRO JOAQUÍN RODRÍGUEZ MALDONADO le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Boyacá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No. 004853 del 05 de agosto de 2014 y para el reconocimiento, liquidación y pago de la misma solo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados en razón a los 22 años, 01 mes y 29 días de servicios prestados como Docente de vinculación nacionalizado, el cual se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Adicionalmente, reporta tiempos cotizados en el ISS hoy **COLPENSIONES** con empleadores privados desde el 04 de julio de 1980 al 31 de diciembre de 2011, acumulando un total de 427,57 semanas.

Siendo así, conforme al precedente jurisprudencial, y si bien el artículo 6° del Decreto 1730, establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de jubilación que actualmente percibe el demandante no se encuentra a cargo de la demandada, pues se itera, la prestación fue reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más que los aportes con los cuales se reconoce la indemnización sustitutiva provienen de empleadores privados, por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la pensión de jubilación del Magisterio, tratándose de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que el promotor del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones, distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que disfruta, no generándose la incompatibilidad alegada.

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política¹, por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2² y en esa medida, tales recursos son de origen parafiscal. Al tema, puede consultarse el pronunciamiento de

¹ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

² “los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de marzo de 2011, expediente 37959.

Establecido lo anterior, veamos si en el *sub lite* se satisfacen los requerimientos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva reconocida.

PEDRO JOAQUÍN RODRÍGUEZ MALDONADO nació el 21 de marzo de 1959, por lo que cumplió la edad de 62 años el mismo día y mes del año 2021 y cotizó 427,57 semanas con empleadores privados, manifestando su imposibilidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones como se observa de la pág. 163 del archivo “07ExpedienteAdministrativo”. Por lo tanto, al no acreditar el mínimo de semanas para acceder a la pensión vejez y al no seguir cotizando, circunstancias que no se encuentran en discusión en la alzada, cumple con los requisitos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para que le sea reconocida la prestación reclamada.

Por todo lo anterior, la Sala despacha desfavorablemente los argumentos expuestos por el apoderado de **COLPENSIONES** por cuanto, como ya se explicó, no existe incompatibilidad entre la indemnización por vejez reclamada por el actor y la pensión que percibe por el Magisterio, al tener una fuente de financiación diferente.

Atendiendo que en el fallo de instancia se estableció el valor de la indemnización sustitutiva, procede la Sala a revisar el valor de la prestación económica de la siguiente manera:

Año	Mes	Día	Salario	IPC inicial	IPC final	Factor index	Salario indexado	Días x salario
1980	7	28	\$ 4.410	0,72	105,48	146,500	\$ 646.065	\$ 18.089.820
1980	8	31	\$ 4.410	0,72	105,48	146,500	\$ 646.065	\$ 20.028.015
1980	9	2	\$ 4.410	0,72	105,48	146,500	\$ 646.065	\$ 1.292.130
1982	3	31	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$ 691.172	\$ 21.426.319

1982	4	30	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	20.735.147
1982	5	31	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	21.426.319
1982	6	30	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	20.735.147
1982	7	31	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	21.426.319
1982	8	31	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	21.426.319
1982	9	30	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	20.735.147
1982	10	31	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	21.426.319
1982	11	30	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	20.735.147
1982	12	31	\$ 7.470	1,14	105,48	92,526	\$	691.172	\$	21.426.319
1983	1	31	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.984.725
1983	2	28	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	19.857.171
1983	3	31	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.984.725
1983	4	30	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.275.540
1983	5	31	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.984.725
1983	6	30	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.275.540
1983	7	31	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.984.725
1983	8	31	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.984.725
1983	9	30	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.275.540
1983	10	31	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.984.725
1983	11	30	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.275.540
1983	12	31	\$ 9.480	1,41	105,48	74,809	\$	709.185	\$	21.984.725
1984	1	31	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	23.483.684
1984	2	28	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	21.211.069
1984	3	31	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	23.483.684
1984	4	30	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	22.726.145
1984	5	31	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	23.483.684
1984	6	30	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	22.726.145
1984	7	31	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	23.483.684
1984	8	31	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	23.483.684
1984	9	30	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	22.726.145
1984	10	31	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	23.483.684
1984	11	30	\$ 11.850	1,65	105,48	63,927	\$	757.538	\$	22.726.145
1985	2	25	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	19.757.215
1985	3	31	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	24.498.947
1985	4	30	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	23.708.658
1985	5	31	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	24.498.947
1985	6	30	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	23.708.658
1985	7	31	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	24.498.947
1985	8	31	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	24.498.947
1985	9	30	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	23.708.658
1985	10	31	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	24.498.947
1985	11	30	\$ 14.610	1,95	105,48	54,092	\$	790.289	\$	23.708.658
1986	2	3	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$	788.441	\$	2.365.323
1986	3	31	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$	788.441	\$	24.441.666
1986	4	30	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$	788.441	\$	23.653.225
1986	5	31	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$	788.441	\$	24.441.666
1986	6	30	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$	788.441	\$	23.653.225
1986	7	31	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$	788.441	\$	24.441.666

PEDRO JOAQUIN RODRIGUEZ contra COLPENSIONES
Ordinario No. 23 2022 00429 01.

1986	8	31	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$ 788.441	\$ 24.441.666
1986	9	30	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$ 788.441	\$ 23.653.225
1986	10	31	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$ 788.441	\$ 24.441.666
1986	11	30	\$ 17.790	2,38	105,48	44,319	\$ 788.441	\$ 23.653.225
1987	4	24	\$ 21.420	2,88	105,48	36,625	\$ 784.508	\$ 18.828.180
1987	5	31	\$ 21.420	2,88	105,48	36,625	\$ 784.508	\$ 24.319.733
1987	6	30	\$ 21.420	2,88	105,48	36,625	\$ 784.508	\$ 23.535.225
1987	7	31	\$ 21.420	2,88	105,48	36,625	\$ 784.508	\$ 24.319.733
1987	8	31	\$ 21.420	2,88	105,48	36,625	\$ 784.508	\$ 24.319.733
1987	9	30	\$ 21.420	2,88	105,48	36,625	\$ 784.508	\$ 23.535.225
1987	10	31	\$ 21.420	2,88	105,48	36,625	\$ 784.508	\$ 24.319.733
1987	11	30	\$ 21.420	2,88	105,48	36,625	\$ 784.508	\$ 23.535.225
1988	8	9	\$ 25.530	3,58	105,48	29,464	\$ 752.208	\$ 6.769.871
1988	9	30	\$ 25.530	3,58	105,48	29,464	\$ 752.208	\$ 22.566.238
1988	10	31	\$ 25.530	3,58	105,48	29,464	\$ 752.208	\$ 23.318.446
1988	11	30	\$ 25.530	3,58	105,48	29,464	\$ 752.208	\$ 22.566.238
1988	12	1	\$ 25.530	3,58	105,48	29,464	\$ 752.208	\$ 752.208
1989	3	25	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 22.633.290
1989	4	30	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 27.159.948
1989	5	31	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 28.065.280
1989	6	30	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 27.159.948
1989	7	31	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 28.065.280
1989	8	31	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 28.065.280
1989	9	30	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 27.159.948
1989	10	31	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 28.065.280
1989	11	30	\$ 39.310	4,58	105,48	23,031	\$ 905.332	\$ 27.159.948
1990	3	12	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 8.987.334
1990	4	30	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 22.468.335
1990	5	31	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 23.217.279
1990	6	30	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 22.468.335
1990	7	31	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 23.217.279
1990	8	31	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 23.217.279
1990	9	30	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 22.468.335
1990	10	31	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 23.217.279
1990	11	30	\$ 41.040	5,78	105,48	18,249	\$ 748.944	\$ 22.468.335
1991	2	23	\$ 54.630	7,65	105,48	13,788	\$ 753.251	\$ 17.324.780
1991	3	31	\$ 54.630	7,65	105,48	13,788	\$ 753.251	\$ 23.350.790
1991	4	30	\$ 54.630	7,65	105,48	13,788	\$ 753.251	\$ 22.597.539
1991	5	31	\$ 54.630	7,65	105,48	13,788	\$ 753.251	\$ 23.350.790
1991	6	30	\$ 54.630	7,65	105,48	13,788	\$ 753.251	\$ 22.597.539
1991	7	31	\$ 54.630	7,65	105,48	13,788	\$ 753.251	\$ 23.350.790
1991	8	9	\$ 54.630	7,65	105,48	13,788	\$ 753.251	\$ 6.779.262
2011	2	6	\$ 107.000	73,45	105,48	1,436	\$ 153.660	\$ 921.963
2011	3	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150
2011	4	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150
2011	5	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150
2011	6	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150
2011	7	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150

2011	8	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150
2011	9	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150
2011	10	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150
2011	11	30	\$ 536.000	73,45	105,48	1,436	\$ 769.738	\$ 23.092.150
2011	12	23	\$ 411.000	73,45	105,48	1,436	\$ 590.228	\$ 13.575.254

Total dias	2992
Semanas	427,43

Total salarioxdias	\$ 2.278.679.604
Salario mensual pond	\$ 761.591
Salario semanal pond	\$ 177.705

PROMEDIO PONDERADO PORCENTAJE DE COTIZACIÓN - PPC			
AÑO	SEMANAS	% APOORTE	PPC
1980	8,71	4,50%	0,3921
1982	43,71	4,50%	1,9671
1983	52,14	4,50%	2,3464
1984	47,71	4,50%	2,1471
1985	42,86	4,83%	2,0700
1986	39,71	6,50%	2,5814
1987	34,00	6,50%	2,2100
1988	14,43	6,50%	0,9379
1989	38,43	6,50%	2,4979
1990	36,57	6,50%	2,3771
1991	26,43	6,50%	1,7179
2011	42,71	13,00%	5,5529
	427,43		6,27%

TOTAL SEMANAS	427,43
SL SEMANAS PONDERADO	\$ 177.705
PPC	6,27%
VR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA	\$ 4.762.100

El valor de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez a favor de PEDRO JOAQUIN RODRIGUEZ asciende a la suma de **\$4.762.100** para el año 2021 cuando el actor arribó a la edad de 62 años, la cual deberá ser indexada desde el mes de diciembre de 2021 hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación. Por lo tanto, al ser inferior el valor liquidado por la Sala respecto del establecido en primera instancia, se modificará la sentencia en este aspecto.

Precisado el monto de la condena, se advierte que no hay lugar a declarar la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES por cuanto la indemnización sustitutiva de la pensión vejez puede ser reclamada en cualquier tiempo (CSJ SL4559-2019).

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 y, en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar en favor de **PEDRO JOAQUÍN RODRÍGUEZ MALDONADO** la suma de **\$4.762.100** por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión vejez, valor que deberá ser indexado desde el mes de diciembre de 2021 hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación económica, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

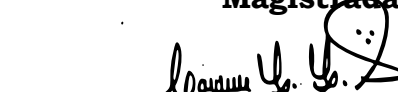
TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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. Con salvamento de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



SALVAMENTO DE VOTO:

DEMANDANTE: PEDRO JOAQUIN RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00429 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

A continuación, se exponen las razones por las que se presenta salvamento de voto:

La Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral conformado: por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1°, 2° y 8°).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la 797 de 2003, indicó que el Sistema General de Pensiones consagrado en dicha ley se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional para quienes a la fecha de la vigencia de la Ley no hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general.

Lo anterior, en razón a que dicha norma respetó los derechos adquiridos.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal j), señala que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, entendiéndose estas de origen común.

Ahora respecto de la pretensión solicitada por la demandante que es la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es de señalar que esta es una prestación supletoria a la pensión de vejez, lo que hace que para su concesión se deban cumplir los requisitos contemplados en dichas normas.

Luego, para acceder a la Indemnización Sustitutiva de Pensión de vejez se requiere que i) el afiliado acredite que cumplió la edad mínima exigible para obtener el derecho, ii) que no ha cotizado en número de semanas exigidas y iii) declarar bajo juramento que le es imposible continuar cotizando.

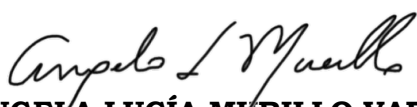
En el caso bajo análisis, quedó establecido que la parte demandante cumple con la edad mínima exigible para obtener el derecho, sin embargo, dado que se encuentra pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se

advierte la improcedencia de la pretensión, pues debe recordarse que la finalidad de la indemnización sustitutiva, no es otra que la de permitir que las personas que habiendo cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez no han cotizado el número de semanas exigidos, puedan solicitar una indemnización.

De tal manera que no hay lugar a la compatibilidad solicitada de la pensión de jubilación consagrada para los docentes y la indemnización sustitutiva contemplada en la ley 100 de 1993, en razón a que los dos tipos de prestaciones cubren el mismo riesgo que es de vejez. Recuérdese que el objetivo de la Ley 100 de 1993 es precisamente unificar o integrar los recursos de prima media para cubrir las contingencias de sus afiliados y unificar las prestaciones de los afiliados.

Adicionalmente, también es aplicable la Ley 549 de 1999, en su artículo 17 inciso 4º, que establece que todos los tiempos laborados o cotizados serán utilizados para financiar la pensión y si no se tienen en cuenta para el reconocimiento se deben trasladar a la entidad que reconoció la pensión porque son necesarios para financiar la pensión de jubilación, de tal manera que no se derivan diversas pensiones por cada uno de los riesgos máxime cuando existe la incompatibilidad legal ya reseñada

Por lo anterior, se considera que el reconocimiento de la pensión y de la indemnización sustitutiva que cubren el mismo riesgo de origen común vulnera los principios del servicio público esencial de seguridad social en especial los de eficiencia e integralidad, principios consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, aunado a que existe una incompatibilidad legal entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, y, en consecuencia, se debió revocar la sentencia de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 23-2021-00193-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 presentado por **UGPP**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 22 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar las diferencias pensionales de la pensión de sobrevivientes desde el 30 de junio de 2017 hasta el 31 de julio de 2020, junto con el correspondiente retroactivo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, condenó al pago de intereses moratorios y costas procesales (*min. 37:55, archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2021-00193-20220322_080408-Grabación de la reunión”, subcarpeta “22 AUDIENCIAS”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ELCY PINILLOS DE ALEGRIA llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** con el fin de que se declare que mediante Resolución RDP 06803 de 12 de marzo de 2020 se reajustó su mesada pensional y, en consecuencia, se reconozca y pague los valores generados por

diferencias de mesadas causadas, intereses moratorios y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que mediante Resolución 14015 del 03 de mayo de 1989 la extinta Empresa de Puertos de Colombia “FONCOLPUERTOS” reconoció y autorizó el pago de un anticipo de jubilación en cuantía de \$3.441.743, a OMAR ALEGRIA GAMBOA (q.e.p.d.); que en Resolución 000165 del 27 de febrero de 1990 se reconoció una pensión de jubilación a favor del causante, en cuantía de \$149.641,03, a partir del 23 de diciembre de 1989, reajustada en junio de 1992, en la suma de \$21.161,26, fijándose como monto pensional \$160.287,57 y proyectada a 1992 en \$320.737,20, con ocasión del incremento del 26%; que OMAR ALEGRIA GAMBOA (q.e.p.d.) falleció el 4 de diciembre del 1995, por lo que en Resolución 1306 del 25 de junio de 1996 se reconoció la sustitución pensional a su favor en un 50% y el otro 50% a los menores MAURICIO ALEGRIA PINILLOS y JESUS ANDRES ALEGRIA PINILLOS.

Manifestó que a través de la Resolución 1920 de 16 de diciembre de 1997, se indexó la primera mesada pensional y se reconocieron diferencias de mesadas atrasadas, prestación que fue acrecentada a su favor en un 100% a partir de 2004; dice que para el año 2015 recibía como mesada pensional \$3.757.418, que la UGPP en Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015 dio cumplimiento a una orden proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Fiscalía Veintidós (sic) y en consecuencia ordenó suspender los efectos jurídicos y económicos de la Resolución 1920 del 18 de diciembre del 1997, por lo que se ajustó su mesada a un valor de \$2.512.198,39 a partir de diciembre del año 2015; que posteriormente en Resolución RDP017884 del 12 de junio del 2019 la UGPP dejó sin efecto la Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015 en cumplimiento a un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y dispuso *“ajustar la mesada pensional que actualmente percibe la señora ELCY PINILLOS DE ALEGRIA, a la suma de \$3.749.644,92 con los respectivos reajustes legales, a partir de la inclusión en nómina del presente acto administrativo”*.

Señaló que mediante Resolución RDP018374 del 18 de junio del 2019, se aclaró la Resolución RDP 017884 del 12 de junio del 2019 y se ajustó el valor de la mesada a la suma de \$3.749.644,92 para el año 2018; que en Resolución RDP 006803 del 12 marzo 2020 la UGPP dio por terminado el trámite de revisión integral de la pensión de OMAR ALEGRIA GAMBOA (q.e.p.d.), estableciendo que no procede modificación alguna sobre la mesada pensional, por lo que en escrito del 13 de abril de 2020 interpuso los respectivos recursos, los cuales fueron resueltos de manera desfavorable; y que el 30 de junio de 2020 presentó reclamación administrativa, resuelta de forma negativa en comunicación del 06 de julio siguiente (*pág. 19 a 23, archivo “01ExpedienteFisicoLuzPrietoVSColpensiones”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los reconocimientos pensionales, las solicitudes presentadas, los actos administrativos y los reajustes de la mesada pensional. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, prescripción, sobre los intereses moratorios, sobre la indexación, sobre la condena en costas y la innominada o genérica (*pág. 1 a 9, archivo “CONTESTACION DEMANDA”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min. 37:55, archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2021-00193-20220322_080408-Grabación de la reunión”*)

El 22 de marzo de 2022, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: DECLARAR** que la señora ELCY PINILLOS DE ALEGRIA tiene derecho a la reliquidación de la pensión, a partir del 1° de diciembre de 2015, conforme a lo dispuesto en la Resolución RDP 11030 del 6 de mayo de 2020 a través de la cual la UGPP modificó la mesada pensional y estableció para el año 2018 correspondía a la suma de \$3.958.190.18 y para el año 2020 \$4.239.254.94. **SEGUNDO: CONDENAR** a UGPP a pagar a ELCY PINILLOS DE ALEGRIA las

*diferencias pensionales que se generaron entre la mesada pensional que se le canceló y la que se está ordenando pagar, esto es, desde el 30 de junio de 2017 hasta el 31 de julio de 2020, equivale a la suma total por retroactivo pensional de \$31.383.045, respecto de la cual la demandada deberá cancelar los correspondientes descuentos a salud. **TERCERO: CONDENAR** a la UGPP a pagar intereses moratorios, artículo 141 Ley 100 de 1993, a partir del 1° de noviembre de 2020 respecto de las diferencias pensionales adeudadas, y hasta cuando se cancelen las mismas. **CUARTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de diferencias de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 30 de junio de 2017. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las demás excepciones. **SEXTO:** Se condena en costas a la parte demandada a favor de la señora demandante (...)*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que conforme con la relación de pagos acreditado en el expediente, al deflactar la mesada pensional reconocida para el año 2020, mediante Resolución RDP 011030 del 06 de mayo del 2020, esto es, la suma de \$4.239.254,94, el valor para el año 2019 sería de \$4.083.806.24, que al compararla con los montos efectivamente pagados, se concluye que se canceló la mesada reconocida en la Resolución RDP11030 de 2020, únicamente a partir de agosto 2020, por lo que le asiste razón a la parte actora de la reliquidación deprecada, pues la UGPP debió cancelar no solo las mesadas que se causaron con posterioridad a la expedición de la Resolución RDP 011030, sino también las causadas con anterioridad. Por ello, la mesada pensional de 2015 la fijó en la suma de \$3.335.781.40, 2016 \$3.578.012.95, 2017 \$3.796.300.21, 2018 \$3.958.190.18, 2019 \$4.083.806.22 y 2020 \$4.239.254.94. Condenó al pago de intereses moratorios a partir del 1° de noviembre de 2020 y declaró prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 30 de junio de 2017, ordenando pagar la suma de \$31.383.045 por concepto de retroactivo y autorizando a la demandada a descontar lo que corresponda por conceptos de salud.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **UGPP** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Adujo que mediante la Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015, se dio cumplimiento a un fallo judicial proferido por la Unidad Delegada de la Fiscalía ante esta

Corporación, el 7 de noviembre de 2012 y en consecuencia se suspendieron los efectos jurídicos y económicos de la Resolución 1920 del 18 de diciembre de 1997, ajustando la mesada de ELCY PINILLOS DE ALEGRÍA al valor señalado en la Resolución 000165 del 27 de Febrero de 1990, la cual fue sustituida mediante Resolución 1306 del 25 de Junio de 1996, con los reajustes legales, por lo que no es posible realizar la reliquidación, toda vez que la misma fue realizada por FONCOLPUERTOS a través de la Resolución 1920 del 18 de diciembre de 1997, acto administrativo que se presume legal y que por virtud de la orden de la Fiscalía está suspendida, postura que ya ha sido avalada por la Corte Constitucional en sentencia T-381 del 23 de mayo de 2012; respecto de intereses expreso que solo proceden frente a la demora en el pago de las mesadas causadas con posterioridad a la Ley 100 de 1993 y no ha prestaciones reconocidas antes de dicha Ley (*min. 39:48, archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2021-00193-20220322_080408-Grabación de la reunión”*).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada actora solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. Por su parte, el apoderado principal de la **UGPP** solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **UGPP** en su calidad de administradora 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.

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 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 la **UGPP**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es procedente el pago de diferencias pensionales con ocasión de la reliquidación de la mesada pensional ordenada por la UGPP en la Resolución RDP 11030 de 06 de mayo de 2020, su correspondiente retroactivo e intereses moratorios.

VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** mediante Resolución 000165 del 27 de febrero de 1990, la extinta Empresa PUERTOS DE COLOMBIA-TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA reconoció pensión de jubilación a favor de OMAR ALEGRIA GAMBOA (q.e.p.d.), en cuantía de \$149.641.03, a partir del 23 de diciembre de 1989 (*“archivo “RDP 011030”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*); **ii)** OMAR ALEGRIA GAMBOA (q.e.p.d.) falleció el 04 de diciembre de 1995 (*“archivo “RDP 011030”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*); **iii)** a través de la Resolución 1306 del 25 de Junio de 1996 se sustituyó la prestación a favor de ELCY PINILLOS DE ALEGRIA, en calidad de cónyuge, en un 50% de la pensión, a partir del 01 de Junio de 1996, y el restante 50% a favor del menor MAURICIO ALEGRIA PINILLOS y JESUS ANDRES ALEGRIA PINILLOS (*pág. 1.376 a 1.378 archivo “ALEGRIA GAMBOA OMAR”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*), monto que fue acrecentado a favor de la demandante en un 100% conforme con lo dispuesto en la Resolución 001379 del 16 de diciembre de 2004; **iv)** en Resolución 1920 del 18 de diciembre de 1997, el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia indexó y reajustó la mesada pesada pensional en la suma de \$713.267, a partir del 1° de noviembre

de 1997 (*pág. 1.192. a 1.194 expediente administrativo archivo “ALEGRIA GAMBOA OMAR”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*); **v)** por medio de la Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015, la **UGPP** dio cumplimiento a una orden proferida por la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Fiscalía Veintidós y, en consecuencia, ordenó suspender los efectos jurídicos y económicos de la Resolución 1920 del 18 de diciembre de 1997, ajustando la mesada de la accionante según lo señalado en la Resolución No. 000165 del 27 de Febrero de 1990, sustituida en Resolución No. 1306 del 25 de Junio de 1998 (*archivo “RDP 023952”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*); **vi)** en Resolución RDP 032563 del 05 de septiembre de 2016, la demandada negó la indexación de la primera mesada pensional (*archivo “RDP 032563”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*) **vii)** la **UGPP** en Resolución RDP 016855 de 24 de abril de 2017, negó la reliquidación de la pensión de jubilación y modificó el artículo segundo de la Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015, en el sentido de dejar establecido que la mesada debía ajustarse conforme al valor señalado en la Resolución 000165 del 27 de Febrero de 1990, sustituida por la Resolución 1306 del 25 de Junio de 1998, sin tener en cuenta el incremento por concepto de reajuste de la Ley 4 de 1976 ni el ajuste injustificado correspondiente al año 1992 (*archivo “RDP 016855”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*); **viii)** la **UGPP** en Resolución RDP 017884 del 12 de junio de 2019 dio cumplimiento a un fallo judicial proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 23 de mayo de 2019, dejando sin efectos la Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015, y ajustando la mesada pensional que recibe **ELCY PINILLOS DE ALEGRIA**, a la suma de \$3.749.644,92 y dispuso que se adelantara la revisión integral de dicha pensión en los términos del artículo 19 de la ley 797 de 2003, monto aclarado y precisado en la Resolución No. RDP 018374 del 18 de junio de 2019 (*archivos “RDP 017884 y RDP 018374”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*); **ix)** la demandada en Resolución RDP 006803 del 12 de marzo de 2020 dio por culminado el trámite de revisión integral determinando que se mantenía la mesada

pensional sin modificación alguna (*archivo “RDP 006803”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*); **x**) y a través de la Resolución 011030 del 06 de mayo de 2020, la UGPP modificó parcialmente la Resolución RDP 06803 del 12 de marzo de 2020, aclarando que para el año 2020 la mesada pensional corresponde a la suma de \$4.239.254,94 teniendo en cuenta el incremento del año 1992, y modificó el artículo 2 de la RDP 017884 del 12 de junio de 2019, en el sentido de establecer que la mesada para el año 2018 es la suma de \$3.958.190,18 (*archivo “RDP 011030”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*).

- **Sobre las diferencias por mesadas pensionales**

Para resolver el presente asunto, se debe precisar que no es objeto de controversia la causación del derecho a la sustitución pensional, tampoco el monto de la mesada pensional reconocida por la UGPP en el año 2020 y la improcedencia o no de la indexación de la mesada pensional. El estudio debe centrarse en establecer si con ocasión de la Resolución RDP 017884 del 12 de junio de 2019 que dio cumplimiento a un fallo judicial proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 23 de mayo de 2019, donde la UGPP dejó sin efectos la Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015, y reajustó la mesada pensional, modificada a su vez por la Resolución 011030 del 06 de mayo de 2020, le asiste derecho a **ELCY PINILLOS DE ALEGRIA** de obtener la diferencia por mesadas pensionales causadas a partir del momento en que le fue disminuida la pensión en el año 2015, con ocasión de una orden judicial, y la fecha a partir de la cual se reajustó, agosto de 2020, en virtud de este último acto administrativo (*pág. 5, “archivo RESPUESTA”, subcarpeta “19 RESPUESTA REQUERIMIENTO”*).

En efecto, al revisar el expediente encuentra la Sala que **ELCY PINILLOS DE ALEGRIA** disfruta de una pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del pensionado OMAR ALEGRIA GAMBOA (q.e.p.d.), derecho reconocido en Resolución 1306 del 25 de junio de

1996 (pág. 1.376 a 1.378 archivo “ALEGRIA GAMBOA OMAR”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”). Y para el año 2015 devengó como mesada pensional la suma de \$3.757.418.61, valor que recibió hasta noviembre de esa anualidad (pág. 6, archivo “RESPUESTA”, subcarpeta “19 RESPUESTA REQUERIMIENTO”). Sin embargo, con ocasión de la Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015, la **UGPP** disminuyó el valor de la prestación a la suma de \$2.512.198.39 a partir del 1° de diciembre de 2015, en cumplimiento de una orden judicial.

Pese a ello, no puede desconocerse que el citado acto administrativo - Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015 – fue dejado sin efectos por parte de la demandada en Resolución RDP 017884 del 12 de junio de 2019, en cumplimiento a otro fallo judicial proferido por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia el 23 de mayo de 2019 (archivo “RDP 017884”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”).

En la prueba documental no existe orden judicial ni acto administrativo que impida y limite el derecho de la demandante de recibir la mesada pensional completa desde diciembre de 2015, pues la actuación que dispuso la disminución del monto mensual fue dejada sin efectos, por lo que la irregularidad que se presentó no puede afectar el derecho constitucional que tiene **ELCY PINILLOS DE ALEGRIA** de recibir de forma completa su prestación, por lo que en principio debió devengar los siguientes montos:

AÑO	INCREMENTO IPC %	VALOR MESADA
2015	3,66	\$3.757.418,6
2016	6,77	\$4.011.795,8
2017	5,75	\$4.242.474,1
2018	4,09	\$4.415.991,3
2019	3,18	\$4.556.419,8
2020	3,80	\$4.729.563,8

Sin embargo, el valor de la mesada fue reajustado por la **UGPP** en la Resolución No.RDP 017884 del 12 de junio de 2019, en cumplimiento de una acción constitucional que le ordenó adelantar la revisión integral de dicha pensión en los términos del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, por lo que dicha entidad modificó el monto y lo fijó en la suma de \$3.749.644,92, aspecto que se ratificó en la Resolución RDP 006803 del 12 de marzo de 2020 donde la **UGPP** dio por culminado el trámite de revisión integral del derecho reconocido al causante, determinando que se mantenía la mesada pensional reajustada en la Resolución RDP 017884 del 12 de junio de 2019 (*archivo “RDP 006803”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*).

Ahora, fue la propia administración que en la Resolución 011030 del 06 de mayo de 2020 aclaró que el monto de la mesada pensional para el año 2018 corresponde a la suma de \$3.958.190,18 y para el año 2020 la suma de \$4.239.254,94, reajuste pensional y cifras que no fueron controvertidas en este juicio. Además, en esa misma Resolución se indicó que la mesada para el año 2015 debió ser de \$3.367.891,02, 2016 \$3.595.897,24, 2017 \$3.802.661,34 y 2019 \$4.084.060,63. Por tanto, sobre esos montos se debe realizar el comparativo frente a los pagos recibidos (*archivo “RESPUESTA”, subcarpeta “19 RESPUESTA REQUERIMIENTO”*) a efectos de establecer los valores que resulten a favor de la demandante, siendo necesario efectuar previo pronunciamiento sobre la excepción de prescripción.

- **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, tratándose de pensiones de vejez (o diferencias pensionales como es el caso) 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, el derecho a reclamar las diferencias pensionales objeto de esta acción nació a partir de la materialización de la Resolución RDP 023952 del 12 de junio de 2015, que dispuso reajustar para disminuir el valor de la mesada pensional, orden que se ejecutó el 1° de diciembre de 2015, pues en ese momento **ELCY PINILLOS DE ALEGRIA** estaba plenamente facultada para demandar ese acto administrativo y obtener el pago de las diferencias no pagadas oportunamente. En este caso, la primera petición donde se reclamó de forma concreta el reajuste del monto pensional al valor recibido antes de la Resolución RDP 023952 de 12 de junio de 2015, fue la solicitud radicada por la accionante el 17 de abril de 2017, resuelta por medio de la Resolución RDP 016855 del 24 de abril de 2017 (*pág. 906 a 916, archivo “ALEGRIA GAMBOA OMAR”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*), acto administrativo notificado por aviso fijado el 22 de mayo de 2017, desfijado el 26 de mayo siguiente (*pág. 199, archivo “ALEGRIA GAMBOA OMAR”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO”*), sin que se haya interpuesto recurso alguno.

Por tal motivo, al interrumpirse válidamente la prescripción, a partir del 27 de mayo de 2017 la demandante contaba con tres años para radicar la acción para no sufrir los efectos de este fenómeno, circunstancia que solo ocurrió el 09 de marzo de 2021 (*archivo 005.ActaDeReparto.pdf*), es decir, más allá de los 3 años que establece la norma, por lo que resultan prescritas las diferencias por mesadas pensionales causadas entre el 1° de diciembre de 2015 hasta el 09 de marzo de 2018.

Partiendo de la base que el monto de la mesada pensional no fue objeto de controversia y que fue fijado y aclarado por la **UGPP** en la Resolución 011030 del 06 de mayo de 2020, se obtiene el siguiente resultado:

AÑO	VALOR MESADA REAJUSTADA	VALOR PAGADO	DIFERENCIA	NÚMERO DE MESADAS	TOTAL
2015	\$3.367.891,0	\$2.512.198,39	\$855.692,63	1	\$0,00

AÑO	VALOR MESADA REAJUSTADA	VALOR PAGADO	DIFERENCIA	NÚMERO DE MESADAS	TOTAL
2016	\$3.595.897,2	\$2.682.274,22	\$913.623,02	14	\$0,00
2017	\$3.802.661,3	\$2.836.504,99	\$966.156,34	14	\$0,00
2018	\$3.958.190,2	\$2.952.518,04	\$1.005.672,14	12	\$12.068.065,70
2019	\$4.084.060,6	\$3.046.408,11	\$1.037.652,52	7	\$7.263.567,64
		\$3.868.883,59	\$215.177,04	7	\$1.506.239,28
2020	\$4.239.254,9	\$4.015.901,17	\$223.353,76	8	\$1.786.830,11
				TOTAL	\$22.624.702,72

En consecuencia, la accionante tiene derecho al pago de \$22.624.702,72 por concepto de retroactivo, suma inferior a la calculada por el *a quo* (\$31.383.045), motivo por el cual se modificará en este aspecto la sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de las acciones administrativas y judiciales que estime pertinentes la UGPP, en caso de que determine que la demandante deba reintegrar valores por mesadas pagadas hasta noviembre de 2015, teniendo en cuenta que el valor reajustado en el trámite administrativo es inferior al que disfrutó hasta ese entonces (*archivo “RDP 011030”, subcarpeta “25 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO” y archivo “RESPUESTA”, subcarpeta “19 RESPUESTA REQUERIMIENTO”*), asunto que no hizo parte del presente litigio.

- **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). La misma Corporación de cierre ha determinado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

Ahora, conviene precisar que inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tenía definido que cuando se reclama el reajuste o reliquidación de las mesadas pensionales no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, pues ellos están reservados para los casos en los que existe mora en el pago de la totalidad de las mesadas.

En sentencia dictada el 3 de septiembre de 2003, rad. 21027 (criterio reiterado en sentencias SL 2415-2019 y SL 278-2020), esa alta Corporación dijo que los intereses moratorios sólo proceden cuando existe mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando se reclama el reconocimiento de este estipendio por un reajuste o reliquidación de la misma, como ocurre en el caso que nos ocupa.

No obstante, dicha Corporación, en sentencia SL3130-2020, recogió el criterio definido con anterioridad y estableció que los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, también proceden cuando se ordena la reliquidación de una pensión, en cuanto la obligación de las entidades administradoras no es solamente pagar a sus afiliados de manera puntual las mesadas pensionales, sino también reconocerlas de manera íntegra, cabal y completa. Postura reiterada en providencias SL2843-2021, SL3975-2022 y SL1069-2023, entre otras.

Sobre este último criterio, el ponente de esta decisión manifiesta que se aparta de la tesis acogida por el órgano de cierre de esta Jurisdicción, por cuanto del claro contenido del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se advierte que esta sanción solo procede cuando existe mora en el pago de las mesadas. La lectura de dicha norma no permite realizar interpretaciones adicionales para incluir otras situaciones dentro del reconocimiento de este derecho, como ocurre cuando se debe pagar un valor adicional sobre una mesada previamente reconocida y pagada, ya sea porque se ordena la reliquidación por una liquidación incorrecta o por la norma aplicable para definir el derecho, o porque se define, con base en un cambio de jurisprudencia, la procedencia de la inclusión de otros factores para reajustar la prestación.

A juicio de la Sala, la sanción que impone esta norma a las administradoras de pensiones, está relacionada con la omisión en el pago de la prestación en el momento que corresponde, no con eventuales valores adicionales que no se hayan incluido inicialmente y que con posterioridad se definan en virtud de un reajuste, pues la mesada inicial y respecto de la cual se causa la obligación de pago en su momento, ha sido previamente cancelada.

Por las anteriores razones, no procede en este proceso la condena al pago de intereses moratorios sobre el valor de las diferencias generadas por la reliquidación de la pensión de vejez. En consecuencia, se revocará en este punto la sentencia y se ordenará a la demandada que realice el pago de las diferencias causadas debidamente indexadas.

Por otra parte, resulta acertada la decisión de primera instancia al 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 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 segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a la **UGPP** a pagar a favor de **ELCY PINILLOS DE ALEGRIA** las diferencias pensionales causadas entre marzo de 2018 hasta julio de 2020, retroactivo generado por la suma de \$22.624.702,72; diferencias que deben ser indexadas tomando como IPC inicial el del mes en que se generó cada diferencia y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago. Lo anterior sin perjuicio de las acciones administrativas y judiciales que estime pertinentes la **UGPP**, en caso de que determine que la demandante deba reintegrar valores por mesadas pagadas hasta noviembre de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la **UGPP** de los intereses moratorios reclamados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que la excepción de prescripción prospera respecto de diferencias por mesadas pensionales causadas entre el 1° de diciembre de 2015 hasta el 09 de marzo de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

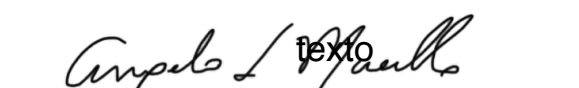
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

SEXTO: 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 CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

Salvamento de Voto Parcial (procede intereses moratorios. Art. 141 Ley 100/93)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 28-2020-00078-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 apoderada de la **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 03 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró que el contrato de trabajo suscrito entre las partes terminó el día 05 de febrero de 2018 por renuncia de la demandante, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación y no probada la de prescripción y absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones, condenando en costas a la demandante (*min. 38:09, archivo "016Audio"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JULIE ACUÑA SEGURA llamó a juicio a **THYSSENKRUPP ELEVADORES S.A. hoy TK ELEVADORES COLOMBIA S.A.**, con el fin de que se declare: que el contrato de trabajo por el cual fue empleada de esa sociedad lo fue a término indefinido, que la relación laboral terminó de manera unilateral por la demandante por justa causa imputable al empleador, la existencia de la nivelación salarial entre los cargos de

Analista Contable y la ineficacia de las cláusulas tercera, numeral 4.4 y sexta del contrato de trabajo alusivas a que el cargo de Analista Contable corresponde a uno de manejo y confianza, y en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de horas extras, reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, diferencias de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, pago de aportes pensionales para el periodo de noviembre de 2017, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 03 de noviembre de 2015 ingresó a laborar a la empresa **THYSSENKRUPP ELEVADORES S.A.** mediante contrato de trabajo a término indefinido, para ocupar el cargo de Analista Contable y con un salario impuesto por la empresa de \$1,300,000 pesos, desempeñando funciones adicionales a las certificadas por la empresa, como la de apoyar la gestión operativa del área contable en general y para brindar soporte ante la ausencia de algún compañero de trabajo. Señaló que por costumbre, la demandada suscribe con todo el personal contratos laborales bajo la denominación de “*Manejo y Confianza*”.

Manifestó que, la jornada laboral que desarrollaba se extendía a más de dieciséis horas diarias, siendo que el horario establecido por la demandada está consagrado en el artículo 8, Capítulo IV, del Reglamento Interne de Trabajo, no obstante, debía tener una disponibilidad permanente para laborar desde las instalaciones de la empresa o desde casa, señalando que el trabajo suplementario era habitual y permanente, empero, la demandada utilizaba la figura de “*Manejo y Confianza*”, para no cancelar las horas extras o tiempo suplementario , evitando así el incremento prestacional.

Continuó punteando que, sus funciones siempre fueron netamente operativas y de apoyo en el área financiera, nunca tuvo condición de directiva o representante del empleador, ni administró dinero, ni interfirió en la toma de decisiones de la empresa, por lo que su contrato

laboral no se encontraba enmarcado en los denominados “*Manejo y Confianza*”, que consagra la Ley Laboral.

Por otra parte, dijo que el señor EDGAR JESUS FIERRO FIGUEROA, compañero de trabajo, ostentaba su mismo cargo y su salario era de \$2,800,000, mientras que el suyo era de \$1,430,977, acotando que en varias ocasiones solicitó a la demandada el incremento salarial sin obtener respuesta alguna, así como también pidió la oportunidad de concursar en vacantes generadas en la empresa, pero la encartada no le brindó la oportunidad (archivo “003Demanda (13)”).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La sociedad **THYSSENKRUPP ELEVADORES S.A. hoy TK ELEVADORES COLOMBIA S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que son ciertos los hechos de la demanda contenidos en los numerales 1, 2, 4, 8 y 15, y no ser ciertos o no constarle los demás, aceptando la vinculación laboral con el demandante a través de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 03 de noviembre de 2015, el cargo contratado, las funciones, el orden jerárquico definido en el reglamento interno de trabajo y que el señor EDGAR JESUS FIERRO FIGUEROA ostentaba el mismo cargo de la demandante. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, buena fe, pago y compensación, (carpeta “009TestigoDocumental” – “Nueva carpeta (2)”, archivo “CONTESTACION DEMANDA 2020 0078”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 40:50, archivo “16Audio”)

El 03 de agosto de 2022, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que el contrato de trabajo suscrito entre las partes terminó el día 5 de febrero del año 2018 por renuncia de la demandante, conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de cobro

*de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación formulada por el extremo pasivo, y no probada la de prescripción. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo genitor por la demandante, conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO: Las COSTAS DE ESTA INSTANCIA** están a cargo de la demandante. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000. **QUINTO:** Si no fuere apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior en tanto resultó totalmente adversa a los intereses de la ex trabajadora demandante. Esta sentencia se notifica legalmente a las partes en estrados (...)*”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar la fecha de terminación de la relación laboral que unió a las partes, si la misma feneció de manera unilateral y sin justa causa por el empleador hoy demandado y si hay lugar al reajuste o nivelación salarial de la demandante, y como consecuencia de ello, establecer si a la actora le asiste derecho a la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones y horas extras, con las diferencias a que haya lugar por las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, los aportes pensionales para el periodo de noviembre de 2017, la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST.

Para resolver, la Juez consideró que la demandante manifestó a la demandada que daba por terminada la relación a partir del 05 de febrero de 2018, fecha que se constata con la documental aportada, por lo que sería tal calenda la que declararía como fecha de terminación de la relación laboral. Continuó con el análisis de la causa de terminación del contrato, reiterando que la demandante renunció al cargo en carta de fecha 30 de enero de 2018, esencialmente refiriéndose al principio de trabajo igual - salario igual, en tanto la causa invocada por la demandante en su carta de renuncia consistió en que recibió un trabajo discriminatorio y una desigualdad salarial, concluyendo que no se probaron lo supuestos normativos de dicho principio, pues no bastaba con acreditar que el señor EDGAR FIERRO ocupaba el mismo cargo, en tanto correspondía demostrar que las funciones eran similares y que se desempeñaran en iguales condiciones de eficiencia; adicional, dijo que el

compañero de trabajo de la demandante tenía mayor experiencia laboral por lo que no podía compararse con aquel y no se pudo establecer con certeza su salario, por lo que aun cuando se declarara la nivelación solicitada, no se podría hacer el cálculo necesario, dado que al juez laboral no le es posible hacer suposiciones acomodaticias, coligiendo en la improsperidad de las pretensiones relativas al pago de la indemnización por despido sin justa causa, reliquidación salarial e indemnización moratoria. Frente al pago de horas extras, señaló que la carga probatoria le correspondía a la parte actora y no lo hizo así, aunado a que el trabajo suplementario u horas extras debe detallarse de forma precisa y clara, de manera que no haya duda de su ocurrencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación solicitando sea revocado el fallo de primera instancia, considerando que se allegó prueba suficiente que demuestra que el señor EDGAR FIERRO y la demandante desempeñaban las mismas funciones, pues tanto del testimonio del señor FIERRO como de la que era su jefe inmediata, se manifestó que había una rotación de cargos en la que todos desarrollaban las mismas funciones y todos debían tener el mismo conocimiento, señalando que también se dijo por los testigos sobre la eficiencia desarrollada por la demandante, que ésta siempre fue satisfactoria, pues incluso que era de las personas que apoyaban a sus demás compañeros en su trabajo. Igualmente, dijo la apelante que se acreditó el trato discriminatorio hacia la demandante, dado que ella era quien ostentaba el salario más bajo en el área de contabilidad.

Por otro lado, dijo que con la práctica de testimonios se demostró que la demandante no ostentaba un cargo de manejo y confianza, que sí realizaba horas extras y que la exigencia laboral era de 24 horas diarias. Asimismo, señaló que dentro del material aportado con la demanda se allegó un archivo en Excel con el cual se pretendía simplificar el ejercicio para el Juzgado, y en donde se relacionaron los correos en la hora en que la demandante debía cumplir con los informes, obrando dentro del expediente los correos que dan cuenta de los horarios en los cuales

aquella desempeñaba sus funciones; que en el reglamento interno de trabajo se estableció y dentro de la contestación de la demanda se señaló que la demandante cumplía un horario de trabajo de 7 a 5, pero en las versiones rendidas por la representante legal se enfatizó que la demandante no tenía la condición de representante legal de su empleador, considerando entonces la recurrente que faltó valoración de la prueba. Adicionalmente, frente al despido indirecto alegado, indicó que quedó probado que la demandante escaló con los cargos directivos la posibilidad de tener un reconocimiento de acuerdo a las labores que realizaba y a la exigencia de 24 o 16 horas y nunca tuvo respuesta de ello. (*min. 1:05:45, archivo "16Audio"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó la revocatoria de la totalidad de la sentencia de primera instancia y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos elevados en la alzada. A su turno, el apoderado de la **DEMANDADA** pidió que se confirme en su integridad el fallo.

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 los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia, le corresponde a la Sala determinar si se presentó una desigualdad salarial entre la demandante y el señor EDGAR JESUS FIERRO FIGUEROA y si le asiste derecho al pago de horas extras; en caso afirmativo, si procede la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, diferencias de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral e indemnización

moratoria; de otra parte, evaluar la viabilidad de condenar al pago de la indemnización por despido indirecto.

VII. CONSIDERACIONES

Inicialmente vale aclararse, en cuanto a la existencia de la relación laboral, tal aspecto no fue controvertido por las partes, encontrándose plenamente acreditada la vinculación laboral entre la demandante **JULIE ACUÑA SEGURA** como trabajadora y **THYSSENKRUPP ELEVADORES S.A hoy TK ELEVADORES COLOMBIA S.A.** como empleador, regida bajo un contrato de trabajo a término indefinido, que se dio a partir del 03 de noviembre de 2015 y hasta el 05 de febrero de 2018 y en vigencia del cual la demandante desempeñó el cargo de Analista Contable. Fluye lo dicho, de lo aceptado en la réplica en punto a tales aspectos, y además se corrobora con la documental aportada al expediente, tales como: contrato individual de trabajo a término indefinido de fecha 03 de noviembre de 2015, certificaciones laborales expedidas el 06 de septiembre y 01 de noviembre de 2017 y misiva de renuncia de fecha 30 de enero de 2018 (Pág. 21 a 31 del archivo “003Demanda (13)”).

Establecido lo anterior, procede la Sala con el estudio de los motivos de la alzada, iniciándose con la inconformidad consistente en la existencia de una desigualdad salarial, verificándose que las pretensiones de la demanda se concretan o pueden englobarse válidamente en el reajuste de la asignación mensual correspondiente al cargo de Analista Contable que era percibida por la demandante en comparación con el señor EDGAR JESUS FIERRO, y a partir de allí, la reliquidación de las demás prestaciones sociales conforme a la remuneración devengada por aquel.

- **Sobre la nivelación salarial**

Al efecto, el artículo 143 CST dispone el derecho de los trabajadores a recibir como remuneración la que corresponde a la labor desarrollada en condiciones de igualdad con quienes cumplen la misma función y con similar eficiencia. Con esta disposición el legislador fijó parámetros bajo los cuales un empleador puede hacer distinciones salariales entre

trabajadores por diferencias en las funciones o diferencias en la eficiencia.

Sobre este punto se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional para definir que solo cuando existen diferencias objetivas entre los servidores que cumplen la misma función se podrá disponer un salario diferencial¹, razones que la Constitución Política, en el artículo 153 definió, al establecer el principio de igualdad salarial como el derecho que tienen los trabajadores a recibir una *“remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y la calidad del trabajo”*.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente que quien pretende una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar que existe otro trabajador en el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia. También dijo esa Corporación que tratándose de relaciones laborales causadas con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011 al artículo 143 del CST, según la cual *“todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”*, también se invierte la carga de la prueba y de este modo al trabajador solo corresponde probar el trato discriminatorio en los términos referidos y al empleador justificar la razón de ese trato discriminatorio (Sentencias. SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858, SL 17462-2014, SL 3165-2018).

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, para que proceda la nivelación salarial que se pide en este proceso corresponde a la parte demandante acreditar que EDGAR JESÚS FIERRO FIGUEROA desempeñaba el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia, para que se invierta la carga de prueba y sea la

¹ Sentencia SU-517 de 2009 y *“Toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no puede proceder de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, (...) [PUES] si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo”*.

demandada, quien acredite las razones que justifican el trato discriminatorio.

Dicho lo anterior, y una vez analizado en conjunto el material probatorio recaudado, destaca esta Sala que en autos se encuentra plenamente acreditado que la demandante y el señor EDGAR JESUS FIERRO FIGUEROA desempeñaron el mismo cargo de Analista Contable, asimismo infiriéndose que ambos ejecutaron similares funciones, propias del departamento de contabilidad, las cuales se encuentran relacionadas en el documento denominado “*Descriptivo de Cargo Analista Contable*” (Pág. 104 a 114, archivo “*CONTESTACION DEMANDA 2020 00078*”) y, palmariamente coincidentes con las descritas por el señor FIERRO en la declaración extra juicio que rindió el 04 de febrero de 2020 ante la Notaría 44 del Círculo de Bogotá (Pág. 153 a 157, archivo “*003Demanda (13)*”), así como con las informadas por los deponentes en la prueba testimonial practicada.

Sucede empero que, la situación del Analista Contable EDGAR JESUS FIERRO no es confrontable con la de la promotora del proceso, pues no solo puede ser valorado el salario superior del trabajador con el que se compara la demandante, sino que es necesario también el análisis de factores de calidad y cantidad, hechos que contrario a lo afirmado por la apelante, sí quedaron acreditados en el curso de la *litis*.

Lo dicho, esencialmente porque se logró demostrar que existe una diferencia en el desempeño del trabajador objeto de comparación frente a la eficiencia, específicamente por razones de antigüedad, pues tal como lo informaron los declarantes, la experiencia del trabajador EDGAR FIERRO era mayor a la del demandante, quien tenía amplia trayectoria en la empresa demandada por más de 19 años, lo que definitivamente acredita un mayor conocimiento y preparación, luego ya no podría hablarse de igualdad, pues definitivamente no nos encontramos ante iguales; destacándose al punto la manifestación del señor EDGAR FIERRO, quien al ser interrogado acerca de la escala salarial determinada por la encartada para los Analistas Contables señaló que la misma dependía del año en que el trabajador ingresaba a trabajar, que la

diferencia consistía en la antigüedad y que anualmente el salario incrementaba de acuerdo al IPC, seguidamente confirmando que entre más antiguo el trabajador mayor era su salario, con lo que en definitiva comprueba que las funciones desempeñadas dentro de la empresa por cada uno de los Analistas Contables sí difería de acuerdo a su experiencia y/o antigüedad, resultando evidente que la demandante no contaba con la misma experticia que sí tenía el trabajador con el cual se equipara, pues basta con observar que la demandante ingresó a laborar para **TK ELEVADORES COLOMBIA S.A.** en el año 2015, mientras que el señor EDGAR FIERRO inició su labor allí en el año 1997, lo que hace posible el trato diferenciado, que se encuentra razonable y justificado. Luego en las anteriores condiciones, se exhibe como improcedente la pretensión de la demandante tendiente a obtener la igualdad salarial.

Nada diferente y relevante se advierte de lo manifestado por la testigo ADDA SÁNCHEZ ARIZA, pues al efecto solo indicó que había discrepancia frente a la disparidad salarial por parte de todos los Analistas Contables, pero desconoce los criterios establecidos por la empresa para determinar escala salarial, eso sí, confirmando que para el año 2005 el señor EDGAR FIERRO ya laboraba para la encartada.

En ese orden, para esta Sala de decisión es claro que el señor EDGAR FIERRO pese a desempeñar el mismo cargo de la demandante – Analista Contable-, no se encuentra en una situación similar dado que su asignación salarial deriva de su experiencia y su antigüedad, por lo que no es dable acceder a la nivelación salarial rogada, pues en todo caso, precisamente las diferencias surgen como razones objetivas que justifican la diferencia salarial, destacando que a esta Sala no le cabe duda de la aplicación de la banda salarial establecida por la empresa.

Ahora bien, en gracia de la discusión, de entenderse que por el hecho de que la demandante ejerciera el mismo cargo ostentado por el señor EDGAR FIERRO hay lugar al estudio de la nivelación en los términos señalados en la demanda, lo cierto es que tampoco tendrían vocación de prosperidad las pretensiones, dado que tal como lo consideró la Juez de primer grado, en este asunto no se acreditó con la certeza y

claridad necesarias el monto devengado por éste, pues en concreto únicamente se tiene la versión del testigo quien solo recuerda que para el año 2017 su salario era de tres millones de pesos, lo que de contera impide establecer los rubros sobre los cuales eventualmente converge la brecha salarial durante los años en que ambos trabajadores compartieron labores.

Puestas así las cosas, y teniendo en cuenta que corresponde a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 CGP, se itera que no demostró la accionante encontrarse en igualdad de condiciones del trabajador con el que se compara, por lo que no puede disponerse la nivelación salarial pretendida.

- Sobre los cargos de dirección, confianza y manejo.

La H. Sala Laboral de la CSJ, ya se ha pronunciado respecto a las labores de dirección confianza y manejo desde el año 1961, cuando en sentencia del 22 de abril de dicha anualidad indicó:

“Según lo han expresado esta Sala de la Corte y el extinguido tribunal del trabajo, en reiteradas decisiones, los directores, gerentes, administradores y los demás que el artículo 32 indica constituye ejemplos puramente enunciativos de empleados que ejercen funciones de dirección o administración. Los empleados de esta categoría se distinguen porque ocupan una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, no están en función simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa, con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa; están dotados de determinado poder discrecional de autodecisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central”.

Dicha postura, fue ratificada en pronunciamientos posteriores, precisando que para que un trabajador pueda ser considerado como trabajador de dirección confianza y manejo, debe verificarse la naturaleza de las funciones de la labor desempeñada, pues no basta con la simple afirmación de que el cargo es de dirección confianza y manejo, incluso señaló la Honorable Corte, que entre otros aspectos, el trabajador debe realizar funciones que directamente contribuyan y busquen el desarrollo

de la compañía empleadora, ocupando un lugar jerárquico importante dentro de la empresa con facultades de mando y disciplinarias sobre los demás trabajadores, contando con libertad o autonomía de decisión, obligando con sus actuaciones al empleador.

Conforme lo anterior, y una vez examinado el expediente, a juicio de esta Sala de decisión, el cargo desempeñado por la demandante, denominado Analista Contable, de cara a las funciones ejercidas, bien pudo corresponder a uno de confianza y manejo, esencialmente dada la información de la empresa encartada a la que tenía acceso la demandante, circunstancia que por demás quedó fehacientemente sustentada con los dichos de todos los declarantes, quienes fueron contestes en señalar que solo los Analistas Contables accedían a dicha información, de carácter financiera, confiable y reservada.

Cabe agregar, sin bien la demandante debía seguir instrucciones de su jefe directo, que en este caso específico era la Contadora de la empresa, señora ADDA SÁNCHEZ, tales órdenes no desdibujan la clasificación contractual ejecutada, sino por el contrario, corresponden al poder subordinante que poseía **TK ELEVADORES COLOMBIA S.A.** como patrono de la demandante.

Siendo hasta aquí las anteriores razones suficientes para entender que a la luz del art. 162 CST, literal a)², la demandante se encontraba excluida de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo.

No obstante, en estricta sujeción a los puntos de apelación, resulta válido examinarse que, si en gracia de la discusión se llegara a aceptar los alegatos de la parte actora, en cuanto a que el cargo de Analista Contable no estaba considerado al interior de la empresa demandada como un cargo de manejo y confianza, lo cierto es que la decisión no sería diferente a la cual arribó la juez de primera instancia.

² ARTICULO 162. EXCEPCIONES EN DETERMINADAS ACTIVIDADES:

1. Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores:

a). Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo (...)

Lo anterior, por cuanto ha sido clara la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencias SL3009 de 2017, SL3085 de 2019, SL5432 de 2019, SL866 de 2020, SL4701 de 2020, entre otras, cuando ha determinado que para que el juez produzca condena por horas extras, recargos nocturnos, dominicales o festivos, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria, deben analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no quede duda alguna acerca de su ocurrencia; es decir, que el material probatorio sobre el que recaiga tal pedimento, tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le sea dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las que se estimaron trabajadas.

Bajo las premisas anteriores, y conforme a las pruebas arrimadas, no se encuentra acreditado el trabajo suplementario alegado desde el libelo introductor, ni mucho menos la labor habitual en dominicales y festivos, en la medida que aunque algunos documentos militantes dentro del expediente, tales como correos electrónicos (Pág. 55 a 152, archivo “00Demanda (13)”), pueden llegar a acreditar la eventual prestación del servicio en tiempo suplementario, ello de cara a los dichos de los testigos traídos al proceso, quienes coincidieron en señalar que a final de mes la jornada de todos los Analistas Contables podía extenderse a altas horas de la noche, incluso de la madrugada, lo cierto es que no aparece de manera clara y precisa la cantidad de horas y días en que éste pudo ser realizado.

De manera que, dejando a un lado la labor de confianza y manejo desarrollada por la demandante dentro de la compañía demandada, en verdad no existe un medio probatorio que permita confirmar que la ex trabajadora hubiese laborado dentro de las jornadas señaladas en la demanda.

- Sobre la indemnización por despido indirecto.

El artículo 64 CST establece que, si el empleador da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas

causas contempladas en la Ley, deberá efectuar el pago de la indemnización consagrada en dicha norma. Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ ha sostenido que si el trabajador pretende que se declare que su renuncia obedece a una justa causa imputable al empleador, debe acreditar dicha causa que motivó su renuncia, tal y como indican las sentencias SL14877 de 2016, SL4691 de 2018, SL1682 de 2019, SL4886 de 2020, entre otras.

La H. CSJ ha sido enfática en señalar que el trabajador debe indicar con precisión y claridad al empleador las causas de su decisión de renunciar al momento de hacerlo, ya que posteriormente no podrá alegar razones distintas a las ya expresadas debido a la obligación de la parte que termina el contrato de trabajo de manifestar a la otra la justa causa para finalizar la relación, lo cual evita que posteriormente pueda alegar válidamente otras causales, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL Rad. 14.391 del 17 de noviembre de 2000, SL Rad. 19.382 del 4 de junio de 2003, SL16561 de 2017, SL4770 de 2018, SL1082 de 2020, entre otras

En el caso concreto, se observa la misiva de terminación del contrato presentada por la demandante el 30 de enero de 2018 (Pág. 30 a 31, archivo “003Demanda (13)”), de la cual es posible sintetizar las causas invocadas por la demandante de la siguiente manera: **i)** las respuestas dilatorias por parte la empresa demandada frente a sus diversas solicitudes verbales y escritas de ajuste salarial, el que considera ecuánime de acuerdo a las labores asignadas y a las funciones de gran responsabilidad que realizaba, indicando que la evasiva del empleador obedece a que su criterio profesional estaba alienado con los objetivos de empresa y no a intereses particulares, **ii)** las largas jornadas laborales cumplidas durante varios días del mes, que se extendían incluso a 16 horas diarias, sin ningún reconocimiento de horas extras, recargos o descansos compensatorios, por estar catalogado su cargo como de manejo y confianza, y **iii)** el haber recibido un trato discriminatorio injustificado, en tanto su anterior compañero de trabajo, quien desempeñaba su mismo cargo, independiente de la antigüedad en la compañía, tenía una remuneración superior, además que la compañía

realizó nuevas contrataciones de cargos igualmente importantes, pero de menor responsabilidad, otorgando salarios superiores.

Siendo así, y conforme las resultas del caso, en el *sub lite* no quedó comprobada una o todas las justas causas referidas en precedencia, reiterándose que para que proceda el denominado despido indirecto debían ser debidamente demostradas en el desarrollo del proceso.

Nótese, en este caso no acreditó la demandante tener derecho a la nivelación salarial pretendida, menos aún al reconocimiento y pago de horas extras, dominicales o festivos, perdiendo así fuerza las razones en que la demandante afincó su renuncia. Manifestó además la promotora del litigio que en reiteradas oportunidades solicitó a las áreas de Recursos Humanos, Dirección Financiera y Administrativa y Gerencia General el ajuste salarial, obteniendo constantemente respuestas dilatorias, atribuyendo tal situación a criterios subjetivos y caprichosos de las directivas de la empresa, dicho del cual no se aportó ninguna prueba, pues aun cuando allegó sendos correos electrónicos en los cuales pone a disposición su hoja de vida para que fuere tenida en cuenta en futuras convocatorias y a la par solicita el aumento salarial (Pág. 39 a 46, archivo “003Demanda (13)”), tales documentos resultan irrisorios para atestiguar el alegado trato discriminatorio que dice recibió por parte de su ex empleador.

Agotada como está la competencia de segunda instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por la abogada de la parte actora, se confirmará la decisión objeto de apelación que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.